

FIW - SCHRIFTENREIHE

FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS-
VERFASSUNG UND WETTBEWERB E.V. KÖLN

Heft 29

Hans-Helmut Kleim

Gemeinschaftsunternehmen und
Funktionsgemeinschaften
im Verhältnis zum
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1965

CARL HEYMANNS VERLAG KG



Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften
im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

von

Hans-Helmut Kleim

aus

Mainz-Gonsenheim

1. Berichterstatter:
2. Berichterstatter:
Tag der mündlichen Prüfung:

Herr Professor Dr. H. Bartholomeyczik
Herr Professor Dr. K. Pleyer
22. Juli 1965

FIW-SCHRIFTENREIHE
FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG
UND WETTBEWERB E. V. KÖLN

HEFT 29

Gemeinschaftsunternehmen
und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis
zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen

von

HANS-HELMUT KLEIM

Mainz-Gonsenheim



1966

CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München



Verlagsarchiv 16524

Druck: Graph. Betrieb Gebr. Rasch & Co., Bramsche/Osnabrück

Printed in Germany

Vorwort des Herausgebers

Im Zuge der Kooperationsbestrebungen werden in letzter Zeit die wirtschaftlichen und rechtlichen Probleme der »Gemeinschaftsunternehmen« und der »Funktionsgemeinschaften« zunehmend diskutiert. Die vorliegende Arbeit hat es sich zum Ziele gesetzt, diese Formen der Kooperation in ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Erscheinungsformen systematisch zu erfassen und zu prüfen, inwieweit sie mit den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vereinbar sind. Neben der Zulässigkeit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften wird vor allem die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten behandelt, die in erster Linie bei Gemeinschaftsunternehmen von Bedeutung sind. Der Verfasser trennt bei allen kartellrechtlichen Untersuchungen von vornherein Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften; innerhalb dieser beiden Kooperationsmöglichkeiten unterscheidet er wiederum die einzelnen Erscheinungsfälle, um so vor allem im Hinblick auf die praktische Verwendbarkeit jede einzelne Form eines Gemeinschaftsunternehmens und einer Funktionsgemeinschaft in ihrer kartellrechtlichen Problematik darzustellen.

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, daß die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften unbeschränkt zulässig ist, daß aber bei verschiedenen zusätzlichen Vereinbarungen unter den beteiligten Unternehmen z. T. erhebliche Bedenken gegen deren Vereinbarkeit mit dem GWB bestehen. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten kommt er bei Funktionsgemeinschaften und Gemeinschaftsunternehmen, bei diesen wiederum je nach dem, ob eine Gefahr der Schädigung für das Gemeinschaftsunternehmen durch eine Ausbeutung der Informationsmöglichkeiten seitens der einzelnen Gesellschafterunternehmen besteht, zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Die Arbeit bereichert die wissenschaftliche Behandlung des Kooperationsthemas durch ihre klare Systematik und eine Reihe neuer, insbesondere kartellrechtlicher Aspekte. Sie trägt damit zur weiteren Durchdringung der Probleme der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit bei, die in unserer marktwirtschaftlichen Ordnung zunehmende Bedeutung erlangt.

FORSCHUNGSINSTITUT FÜR
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB

Köln, den 20. Januar 1966

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
------------------	----

ERSTER TEIL

<i>Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften in den verschiedenen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit</i>	<i>18</i>
1. Begriff und Wesen des Gemeinschaftsunternehmens	18
a) Begriffserklärung ausgehend vom Wort »Gemeinschaftsunternehmen«	18
aa) Unternehmenseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens	18
bb) Unternehmenseigenschaft der Gesellschafterunternehmen des Gemeinschaftsunternehmens	19
b) Folgerungen aus dieser Begriffserklärung	19
aa) Das Gemeinschaftsunternehmen als Gegensatz zu bloßen zwischenbetrieblichen Absprachen	19
bb) Das Gemeinschaftsunternehmen als Erscheinungsform der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit	19
c) Abgrenzung von anderen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit ...	20
aa) Fusion	20
bb) Konzern	20
cc) Interessengemeinschaft	20
dd) Arbeitsgemeinschaft	21
d) Zusammenfassende Definition	22
2. Begriff und Wesen der Funktionsgemeinschaft	22
a) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Gemeinschaftsunternehmen	22
b) Funktionsgemeinschaften als »Unternehmen«	24
c) Abgrenzung von anderen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit ...	24
d) Zusammenfassende Definition	25
3. Ursachen für die Errichtung und den Betrieb von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften	25
a) Rationalisierung	25
b) Mangelnde Kapitalkraft zur Durchführung neuer Projekte	26
c) Unabhängigkeit von Zulieferanten	27
d) Streben nach wirtschaftlicher Sicherheit – Ausschalten von Nachteilen konjunktureller Schwankungen oder Umstrukturierungen der Märkte	27
e) Konzentration der Nachfrage	27
4. Rechtsformen von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ..	28
a) Rechtsform und Kartellrecht	28
b) Gründe für die Wahl der verschiedenen Rechtsformen	28

aa) BGB-Gesellschaft, OHG und KG	29
bb) GmbH	29
cc) AG und nichtrechtsfähiger Verein	29
dd) Rechtsfähiger Verein	29
ee) Genossenschaft	30
ff) Doppelgesellschaft	31

ZWEITER TEIL

<i>Gesetzliche Grundlagen und Gegenstand der Untersuchung</i>	32
1. Gesellschaftsvertrag und Einzelabreden als Gegenstand der kartellrechtlichen Untersuchung	32
a) Gesellschaftsvertrag	32
b) Verträge zwischen einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft	32
aa) Bei Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses	32
bb) Bei fehlendem Abhängigkeitsverhältnis	33
cc) Einzelverträge auf Grund kollektiver Vereinbarungen zwischen den Gesellschafterunternehmen	34
2. Heranzuziehende Vorschriften des GWB – Anwendbarkeit von § 1 GWB	34
a) Abgrenzung zu §§ 25 und 26 GWB	34
b) Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB	35
c) Ausnahmeregelungen	35
d) Anwendbarkeit des § 139 BGB	35
3. Anwendbarkeit der §§ 15 bis 21 GWB und deren Verhältnis zu § 1 GWB in Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften	36
a) Unterschiede im Tatbestand	36
b) § 1 GWB als lex specialis für alle Vereinbarungen zu einem gemeinsamen Zweck	36
c) Anwendbarkeit der §§ 15 bis 21 GWB auf vertikale und horizontale Vereinbarungen	36
d) Verhältnis von § 1 GWB und §§ 15 bis 21 GWB in Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften	37
4. Anwendbarkeit von § 23 GWB und Verhältnis zu § 1 GWB in Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften	37
a) Die Selbständigkeit der Vertragsbeteiligten als Tatbestandsvoraussetzung von § 1 GWB im Gegensatz zu § 23 GWB	37
b) Anwendbarkeit von § 23 II Nr. 5 GWB	38
c) Anwendbarkeit von § 23 II Nr. 5 GWB bei anteiligem Erwerb eines schon bestehenden Unternehmens	39

DRITTER TEIL

<i>Das Gemeinschaftsunternehmen im Verhältnis zum GWB</i>	41
1. Abschnitt: Gesellschafter- und Gemeinschaftsunternehmen als Angehörige der gleichen Wirtschaftsbranche und -stufe	41

I. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis stehen	42
A. Gemeinschaftsunternehmen, die in gleicher Weise wie die Gesellschafterunternehmen oder ein Teil von ihnen tätig werden oder diese Tätigkeit übernehmen ...	42
1. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Gründungsvereinbarung	43
a) Vertrag zwischen Unternehmen i.S. von § 1 GWB	43
b) Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck	43
c) Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung	44
aa) Wettbewerbsbegriff	44
bb) Begriff der Wettbewerbsbeschränkung	45
cc) Gründungsvereinbarung als Wettbewerbsbeschränkung	45
d) Wettbewerbsbeschränkende Folgen als Wettbewerbsbeschränkung i.S. von § 1 GWB	46
aa) Wortlaut von § 1 GWB	47
bb) Sinndeutung von § 1 GWB	47
aaa) Entstehungsgeschichte	48
bbb) Systematische Auslegung	49
cc) Gefährdung der Rechtssicherheit	49
dd) Unhaltbarkeit einer anderen Auslegung	49
ee) Unmöglichkeit einer Gleichstellung beider Fälle	50
ff) Unpraktikable Beweisführung bei ausdehnender Auslegung	50
2. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung von Beitragspflichten	51
a) Notwendigkeit von Beitragsvereinbarungen	51
b) Verpflichtung zur Entrichtung von Kapitalbeiträgen	51
c) Verpflichtung zur Leistung sonstiger Einlagen	53
3. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Eigentätigkeit der Gesellschafterunternehmen	54
a) Gesetzliche Wettbewerbsverbote	54
aa) Gesetzliches Wettbewerbsverbot als Wettbewerbsbeschränkung	56
bb) Gesetzliches Wettbewerbsverbot als Vertragsvereinbarung i.S. von § 1 GWB	56
cc) Geeignetheit zur Marktbeeinflussung	57
dd) Gesetzliches Wettbewerbsverbot als Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck i.S. von § 1 GWB	59
aaa) Gesetzliches Wettbewerbsverbot als gemeinsamer Zweck der Gesellschafterunternehmen	59
bbb) Gemeinsamer Zweck i.S. von § 1 GWB als wettbewerbsbeschränkender oder wettbewerbsneutraler gemeinsamer Zweck	60
ee) Rechtssystematische Stellung von § 1 GWB im Rahmen des GWB und der gesamten Rechtsordnung im Hinblick auf das gesetzliche Wettbewerbsverbot	62
aaa) Rechtswidrigkeit als zusätzliches Erfordernis von § 1 GWB	63
bbb) Heranziehung von § 109 GWB	64
ccc) Gesetzliches Wettbewerbsverbot als Ausfluß von § 242 BGB und zwingende Norm gegenüber § 1 GWB	64
ddd) Heranziehung des Grundsatzes der »rule of reason«	65

eee) Vergleich mit den Ausnahmebestimmungen der §§ 2 bis 8 GWB ..	66
ff) Entstehungsgeschichte von § 1 GWB im Hinblick auf das gesetzliche Wettbewerbsverbot	66
gg) Die allgemeine rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB im Vergleich mit der Funktion und Zwecksetzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes	67
aaa) Sinn und Zweck des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes	67
bbb) Sinn und Zweck des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes im Hinblick auf das Gemeinschaftsunternehmen	68
ccc) Verhältnis der allgemeinen rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB zu der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	69
ddd) Folgerungen aus diesem Verhältnis für die Zulässigkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes	72
eee) Einschränkung der Auslegung oder Gesetzeslücke	72
fff) Weitere vergleichbare Einschränkungen von § 1 GWB	73
hh) Einschränkung der Zulässigkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes bei völligem Wettbewerbsausschluß auf einem Markt	75
ii) Unterschiedliche Beurteilung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes bei personalistisch und kapitalistisch strukturierten Gesellschaften	76
b) Eingeschränkte und sonstige vertragliche Wettbewerbsverbote	78
4. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens	79
a) Wettbewerbsverbote zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens	79
aa) Beschränkung des Gemeinschaftsunternehmens als eines nicht am Vertrag beteiligten Unternehmens	79
bb) Gemeinschaftsunternehmen als künstlich geschaffener Wettbewerber	80
cc) Gesellschaftsrechtliche Weisungsrechte der Gesellschafterunternehmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen	80
dd) Beschränkungen eines anteilig erworbenen Gemeinschaftsunternehmens	80
b) Kartellrechtliche Zulässigkeit vereinbarter Weisungsrechte gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen	81
5. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelabreden zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und einzelnen Gesellschafterunternehmen	82
a) Vereinbarung eines völligen Wettbewerbsverbotes	82
b) Vereinbarungen eingeschränkter Wettbewerbsverbote	83
c) Beitragsvereinbarungen	84
B. Gemeinschaftsunternehmen, die völlig neuartige Erzeugnisse oder gewerbliche Leistungen erbringen	84
1. Substitutionskonkurrenz zwischen Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen	85
a) Gründungsvereinbarung	85
b) Beitragsvereinbarungen	85
c) Vereinbarung von Wettbewerbsverboten	86
aa) Schutz des potentiellen Wettbewerbs durch § 1 GWB	86
bb) Geeignetheit zur Marktbeeinflussung bei potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen	87

cc) Kartellrechtliche Zulässigkeit potentieller Wettbewerbsverbote	87
d) Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens	88
2. Fehlendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen	88
II. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen nicht alle in einem Wettbewerbsverhältnis stehen	89
1. Grundsätzliche Besonderheiten dieser Beteiligungszusammensetzung	89
a) Anwendbarkeit von § 1 GWB	89
b) Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes i. S. von § 1 GWB	92
2. Die einzelnen Vereinbarungen in ihrem Verhältnis zum GWB	93
a) Gründungsvereinbarung, Verpflichtung zu Beitragsleistungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens	93
b) Wettbewerbsverbote zu Lasten von Gesellschafterunternehmen	93
c) Eingeschränkte Wettbewerbsverbote und Einzelabreden	94
2. Abschnitt: Kartellrechtliche Besonderheiten von Gemeinschaftsunternehmen, bei denen entweder die Gesellschafterunternehmen verschiedenen Wirtschafts- branchen oder -stufen angehören oder das Gemeinschaftsunternehmen einer anderen Branche oder Stufe als seine Gesellschafterunternehmen angehört	95
I. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen verschiedenen Wirtschaftsstufen angehören	95
A. Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses unter den Gesellschafterunternehmen ...	96
1. Gründungsvereinbarung, Beitragsverpflichtungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens im Verhältnis zum GWB	96
2. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen im Verhältnis zum GWB	96
3. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung von besonderen Förderungspflichten	97
a) Abnahmeverpflichtungen	97
b) Zulieferungsverpflichtungen	99
c) Abgabe- und Bezugsverpflichtungen des Gemeinschaftsunternehmens	99
4. Einzelvereinbarungen im Verhältnis zum GWB	100
B. Nichtbestehen eines Wettbewerbsverhältnisses unter den Gesellschafterunter- nehmen	100
II. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen der gleichen oder verschiedenen Wirtschaftsbranchen oder -stufen angehören, während sich das Gemein- schaftsunternehmen in einer dritten Branche betätigt	101
1. Gründungsvereinbarung, Beitragsverpflichtungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens im Verhältnis zum GWB	101
2. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen im Verhältnis zum GWB	101
3. Kartellrechtliche Zulässigkeit zusätzlicher Förderungspflichten	102
3. Abschnitt: Zusammenfassung	103

VIERTER TEIL

<i>Die Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum GWB</i>	105
1. Abschnitt: Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der kartellrechtlichen Problematik gegenüber den Gemeinschaftsunternehmen	106
1. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Gründungsvereinbarung	106
2. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beitragsverpflichtungen	106
3. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten	107
4. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Funktionsgemeinschaft	109
5. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelabreden zwischen Funktionsgemeinschaft und einzelnen Gesellschafterunternehmen	109
6. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Ausschlußvereinbarungen hinsichtlich neuer Mitglieder	109
2. Abschnitt: Die einzelnen Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum GWB	110
1. Die Verkaufs- und Vertriebsgemeinschaft	110
a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Verkaufstätigkeit der Beteiligten	111
aa) Bei Zulässigkeit weiterer Eigentätigkeit	111
bb) Bei völligem Ausschluß der Eigentätigkeit	111
cc) Bei teilweisem Ausschluß der Eigentätigkeit	113
b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer einheitlichen Regelung der Verkaufsbedingungen	113
c) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Regeln über die Auftragsverteilung	114
d) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Tätigkeitsbeschränkungen der Verkaufsgemeinschaft	115
e) Kartellrechtliche Zulässigkeit angeglicherter Kreditgrenzen	115
2. Die Einkaufsgemeinschaft	116
a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Einkaufstätigkeit der Beteiligten	116
b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer Quotierung der eingekauften Güter	117
c) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen im Weiterverkauf	118
3. Die Werbegemeinschaft	118
a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einschränkungen der Werbetätigkeit der Beteiligten	118
aa) Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb der Beteiligten	119
bb) Auswirkungen auf den Nachfragerwettbewerb der Beteiligten	121
cc) Einschränkung der Eigenwerbung in Einzelabreden gegenüber der Werbegemeinschaft	122
b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer kollektiven Festlegung von Werbemaßnahmen	122
4. Die Forschungsgemeinschaft	122
a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Forschung bei den Beteiligten	123

aa)	Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb der Beteiligten	123
bb)	Auswirkungen auf den Nachfragerwettbewerb der Beteiligten	124
b)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Verpflichtung zum Austausch von Forschungsergebnissen und Lizenzen	124
c)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Verpflichtungen zur Verwertung von Ergebnissen der Forschungsgemeinschaft	125
d)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Nutzung der Forschungsergebnisse	126
5.	Die Transport- und Lagergemeinschaft	127
6.	Die Inkassogemeinschaft	129
a)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Eigeneinzugs	129
aa)	Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb der Beteiligten	130
bb)	Auswirkungen auf den Nachfragerwettbewerb der Beteiligten	130
b)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung einheitlicher Einziehungsbedingungen	131
c)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Festlegung von Abrechnungsmethoden ...	132
7.	Die Güte-, Waren- und Verbandszeichengemeinschaft	133
a)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Festlegung von Benutzungsanforderungen	133
b)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen bei Benutzung des Zeichens	134
c)	Kartellrechtliche Zulässigkeit einer Steuerung des Wirtschaftsprogramms der Beteiligten	135
d)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Nichtzulassung anderer Unternehmen	136
8.	Die Patentgemeinschaft	138
a)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Verpflichtung zur ausschließlichen Übertragung aller Patente an die Patentgemeinschaft	138
b)	Kartellrechtliche Zulässigkeit des Verbots der Weitervergabe von an die Patentgemeinschaft übertragenen Patenten	139
c)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Patentgemeinschaft bei der Weitervergabe der ihr übertragenen Patente an Nichtmitglieds- unternehmen	140
d)	Kartellrechtliche Zulässigkeit der Ermächtigung der Patentgemeinschaft zu Beschränkungen bei der Weitervergabe der ihr übertragenen Patente an Mitgliedsunternehmen	141
e)	Kartellrechtliche Zulässigkeit zusätzlicher marktregelnder Abreden	142
f)	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Patentgemeinschaft	142
3.	Abschnitt: Zusammenfassung	143
	Literaturverzeichnis	145
	Abkürzungsverzeichnis	154

Einleitung

In der Diskussion über wirtschaftliche Fragen wird in letzter Zeit in zunehmendem Maße auf ein Bedürfnis der deutschen Wirtschaft nach mehr Zusammenarbeit hingewiesen. So wählte das Rationalisierungskuratorium der deutschen Wirtschaft für das Jahr 1963 das Thema »Zwischenbetriebliche Kooperation« zum Mittelpunkt seiner Arbeit. Im gleichen Zusammenhang stand das Generalthema des 17. deutschen Betriebswirtschaftertages 1963, die »Kooperation und Konzentration der Unternehmen«. Darüber hinaus behandeln und diskutieren zahlreiche Verbände und Unternehmensvereinigungen die Möglichkeiten und Fragen der Zusammenarbeit¹. Auch vom Bundeskartellamt und von der Bundesregierung ist inzwischen die Bedeutung dieser Fragen erkannt und eine Lösung im Rahmen des geltenden Kartellrechts versucht worden².

Allgemein wird dieser gesamte Problemkreis unter dem Stichwort »Kooperation« oder neuerdings »Verbund« behandelt. Man versteht darunter die *gemeinsame* Bewältigung unternehmerischer Aufgaben unter möglichst weitgehender Beibehaltung der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit der Beteiligten.

Innerhalb der Vielzahl von Möglichkeiten einer zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit nehmen »Gemeinschaftsunternehmen« und »Funktionsgemeinschaften« eine besondere Stellung ein.

Einige typische Beispiele mögen Sinn und Zweck dieser Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit verdeutlichen:

1. Drei Werkzeugmaschinenhersteller gründen in Form einer OHG eine neue Werkzeugmaschinenfabrik, die die gleichen Werkzeugmaschinen wie die drei Gründer herstellt, da deren Kapazität ausgelastet ist und die Kapitalkraft der einzelnen Gründer zur Errichtung eines neuen Werkes allein nicht ausreicht.

2. Drei Chemieunternehmen gründen in Form einer GmbH ein neues Unternehmen, das einen völlig neuen Kunstfaserstoff herstellen soll, den einer der Gesellschafter entwickelt hat, zu dessen Ausnutzung er aber allein nicht in der Lage ist.

3. Drei Blechwarenhersteller gründen in Form einer OHG ein Walzwerk, um auf diese Weise ihren Bedarf an Blechen selbst zu decken.

4. Vier Herrenhemdenhersteller gründen in Form einer GmbH ein Unternehmen, das sich mit dem Vertrieb von Herrenhemden befassen und die Erzeugnisse der Gesellschafter weiterverkaufen soll, da eine eigene Vertriebsorganisation für jeden einzelnen Gesellschafter zu kostspielig ist.

Schon aus diesen wenigen Beispielen wird sowohl die wirtschaftliche Bedeutung wie auch die kartellrechtliche Problematik solcher Kooperationsbildungen

¹ v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 7.

² TB 1962, S. 3 unter V; TB 1963, S. 2 unter I; Kooperationsfibel des BMW aus dem Jahre 1963.

deutlich. Dürfen Unternehmen überhaupt solche Gemeinschaftsunternehmen (Beispiel 1 bis 3) und Funktionsgemeinschaften (Beispiel 4) gründen, dürfen sie sich zugunsten dieses Gemeinschaftsunternehmens oder dieser Funktionsgemeinschaft Tätigkeitsenthaltungen auferlegen? Welche Beiträge dürfen sie vereinbaren, können sie dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft Weisungen auferlegen, auch wenn diese das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft in ihrem Marktverhalten beschränken? Diese Fragen lassen erkennen, welche kartellrechtlichen Schwierigkeiten bei der Gründung und dem Betrieb solcher Kooperationsbildungen auftreten können.

Ist man sich auch grundsätzlich vom volks- und betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften einig³, so bestehen doch hinsichtlich der kartellrechtlichen Fragen immer noch erhebliche Zweifel. Diese unklare Rechtslage und die gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen noch vorhandene Unkenntnis von der Möglichkeit solcher Kooperationsbildungen sind auch der Grund für die verhältnismäßig zögernde Entwicklung der Gründung solcher Kooperationsformen⁴.

Bisher hat vor allem die Textilindustrie in größerem Ausmaß von der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und vor allem von Funktionsgemeinschaften Gebrauch gemacht⁵. Bei ihr haben die wirtschaftlichen Gegebenheiten, wie der besonders starke Konkurrenzdruck aus den EWG- und Niedrigpreisländern, einen derartigen Zwang ausgeübt, daß man sich trotz der verhältnismäßig unsicheren Rechtslage gezwungen sah, das rechtliche Risiko der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften einzugehen. Neben der Textilindustrie haben sich neuerdings auch in der Werkzeugmaschinen-, Brauerei- und chemischen Industrie derartige Kooperationstendenzen stärker bemerkbar gemacht.

In letzter Zeit ist festzustellen, daß die Zahl neuer Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften trotz der immer noch unsicheren Rechtslage stetig steigt. Auf Grund der wirtschaftlichen Lage wird diese Entwicklung mit aller Wahrscheinlichkeit auch weiterhin anhalten oder sich verstärken, da sie für viele kleine und mittlere Unternehmen die beste Überlebenschance unter Erhalt ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit ist⁶.

Entscheidend für die weitere Entwicklung ist in erster Linie die Vereinbarkeit mit dem geltenden Kartellrecht. Von ihr allein hängt es ab, ob diese Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit insgesamt oder teilweise rechtlich zulässig und damit auch durchführbar ist.

³ Geiler, Rat. 1962, S. 261; v. Lilienstern, Konkurrenzfähiger, S. 53 ff.

⁴ Geiler, Rat. 1962, S. 262; Becker, Volksw. 1962, S. 1263; Konzentrationsenquete, S. 63/64; anders die Entwicklung in Frankreich, wo im Wirtschaftsplan 1962/65 die wirtschaftliche Kooperation von der Regierung vorgeschlagen und mit finanzieller Unterstützung bedacht wird; s. Becker, Volksw. 1962, S. 1264; v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 10/11.

⁵ Geiler, Rat. 1962, S. 262; vgl. auch die entsprechenden Beispiele: Rat. 1960, S. 286; 1961, S. 137.

⁶ v. Lilienstern, Konkurrenzfähiger, S. 163.

Eine erste Klärung der kartellrechtlichen Fragen ist inzwischen durch die vom BMW in Zusammenarbeit mit einer Reihe von Spitzenverbänden der Wirtschaft herausgegebene Kooperationsfibel eingetreten. In ihr werden neben anderen Möglichkeiten kooperativer Zusammenarbeit auch Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften behandelt und eine Lösung der entsprechenden kartellrechtlichen Fragen angedeutet. Mit dieser Veröffentlichung der *Meinung* des BMW⁷ können jedoch diese Probleme noch keineswegs als gelöst gelten. Selbst die Fibel weist an vielen Stellen auf die rechtlichen Zweifel hin, die in dieser oder jener Frage bestehen, zumal das Bundeskartellamt und der BGH vielerorts noch keine abschließende Stellung genommen haben. Hinzu kommt, daß auch die Fibel nur einen Teil der Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ergeben, erörtert.

Zu dem Problemkreis »Gemeinschaftsunternehmen« und »Funktionsgemeinschaften« wurde auch in der neueren Kartellrechtsliteratur bereits teilweise Stellung genommen. Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang die kommentierte Ausgabe der Kooperationsfibel von *Benisch*. In ihr werden die Möglichkeiten aufgezeigt, die beim *augenblicklichen* Stand der Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der Ansicht des BMW auf dem Gebiete der Kooperation durchführbar sind. Gerade durch diese Erläuterungen aber wird deutlich, wieviele Fragen hinsichtlich der Gründung und des Betriebes solcher Kooperationsbildungen noch offen sind und – wie vom Verfasser hervorgehoben wird – noch einer Klärung bedürfen.

Ein Großteil der kartellrechtlichen Fragen, die sich im Rahmen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ergeben, sind folglich noch nicht oder nur teilweise erörtert. Hinzu kommt, daß in vielen Fällen weder zwischen den verschiedenen Formen von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften noch zwischen den einzelnen Vereinbarungen im Rahmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens oder einer Funktionsgemeinschaft unterschieden wird.

Es soll deshalb Aufgabe und Ziel dieser Arbeit sein, zu einer Klärung der kartellrechtlichen Fragen der Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften in ihren verschiedenen Erscheinungsformen beizutragen. Auf gesellschaftsrechtliche und wirtschaftliche Probleme soll dabei weniger und vor allem nur dort, wo es zur Beurteilung der kartellrechtlichen Seite erforderlich ist, eingegangen werden.

⁷ Von *Reimann*, BB 1963, S. 1312, »eine Meinungsäußerung ohne besondere rechtliche Qualifikation« genannt; zur Kritik an der Kooperationsfibel des BMW vgl. auch: *Kartte*, Volksw. 1964, S. 356; *Barnickel*, WRP 1964, S. 79.

1. TEIL

Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften in den verschiedenen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit

1. Begriff und Wesen des Gemeinschaftsunternehmens

Vor allen Untersuchungen über die kartellrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsunternehmen ergeben, ist eine Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs »Gemeinschaftsunternehmen«¹ unerlässlich.

a) Begriffserklärung ausgehend vom Wort »Gemeinschaftsunternehmen«

Am zweckmäßigsten ist es, hierbei von dem Wortbegriff selbst auszugehen.

aa) Wie schon aus der Bezeichnung »Gemeinschaftsunternehmen« hervorgeht, handelt es sich um ein Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne. Weder im GWB noch in anderen Gesetzen findet sich eine allgemeingültige Definition dieses Begriffs. Auf einzelne Gesetzesnormen bezogen gibt es infolgedessen keinen allgemeinen und einheitlichen Unternehmensbegriff². Für eine Abgrenzung im wirtschaftssoziologischen Bereich, um den es hier zunächst geht, kann jedoch auf eine allgemeine rechtliche Definition zurückgegriffen werden. Nach dieser versteht man unter einem Unternehmen eine wirtschaftliche und organisatorische Einheit, die unter Einsatz von immateriellen und materiellen Mitteln eine gewerbliche Tätigkeit ausübt³. Ein Unternehmen in diesem Sinne stellt damit ein nach außen erkennbares Eigengebilde dar, das in irgendeiner Form am Wirtschaftsleben teilnimmt. Da sich bei wirtschaftsrechtlichen Begriffen jedoch weniger die verschiedenartige rechtliche Konstruktion als vielmehr die wirtschaftliche Funktion als entscheidendes Kriterium für eine Einteilung und Begriffsdefinition anbietet, ist neben der rein zivilrechtlichen Bestimmung des Unternehmensbegriffs auch der mehr wirtschaftlich geprägte Unternehmensbegriff heranzuziehen. Geht man von diesem Begriff aus, so stellt sich ein Unternehmen als eine organisatorische Ein-

¹ Die Bezeichnungen und Abgrenzungen hierfür sind nicht einheitlich; die gleiche Bezeichnung wie hier verwendet *Rasch*, WuW 1961, S. 80; *Friedländer*, S. 123, wendet die Bezeichnung »Teilgemeinschaft«, *Rasch*, Konzernrecht, S. 33, den Begriff »Teilinteressengemeinschaft«, *Nägeli*, S. 242, 243 den der »Partialgemeinschaft« an.

² *Würdinger* in RGRK zum HGB, § 22 HGB, Anm. 2; *Haberkorn*, GRUR 1962, S. 449; *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 2.

³ *Huber*, S. 471; *Hueck-Nipperdey*, S. 97; *Enneccerus-Nipperdey*, Halbbd. I, § 133 II; *Jakobi*, Festschrift für Ehrenburg, S. 20.

heit dar, die mit Hilfe ihrer Organisation einer *selbständigen Gewinnerzielung* nachgeht⁴.

Ein Gemeinschaftsunternehmen in diesem Sinne hat also nur dann Unternehmenseigenschaft, wenn es auf Grund seiner *eigenen* Tätigkeit eine Gewinnerzielung erreicht, gleichgültig, ob im Einzelfall eine Beeinflussung dieses Unternehmens von außen erfolgt. Das Gemeinschaftsunternehmen muß jedoch aus sich heraus einer gewinnerzielenden Tätigkeit nachgehen.

Folglich ist es die Aufgabe eines Gemeinschaftsunternehmens, ein bestimmtes Erzeugnis herzustellen oder eine bestimmte Art von Dienstleistungen zu erbringen. Es stellt ein völlig in sich abgeschlossenes Unternehmen dar, das *alle* oder fast alle Aufgaben ausführt, die üblicherweise in einem derartigen Betrieb vorkommen, wie etwa Einkauf, Erzeugung, Vertrieb und Werbung. Es ist aus sich heraus existent und auch ohne die Gesellschafterunternehmen lebensfähig.

bb) Wie der Begriff »Gemeinschaftsunternehmen« weiter ergibt, muß das Unternehmen von einer Gemeinschaft getragen sein. Diese Gemeinschaft besteht ebenfalls aus Unternehmen im Sinne der eben erwähnten Definition. Es handelt sich demnach bei einem Gemeinschaftsunternehmen um ein Unternehmen, das gemeinsam als zusätzliches Unternehmen in einer beliebigen gesellschaftsrechtlichen Form von mehreren anderen Unternehmen betrieben wird. Denn nur im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Organisationsformen kann ein Unternehmen unter Beteiligung mehrerer anderer Unternehmen gegründet und betrieben werden.

b) Folgerungen aus dieser Begriffserklärung

Auf Grund dieser Begriffsbestimmung ergeben sich für die endgültige Definition des Gemeinschaftsunternehmens zunächst zwei Folgerungen:

aa) Einmal fallen unter den Begriff »Gemeinschaftsunternehmen« keine bloßen Absprachen zwischen mehreren Unternehmen, die lediglich zu einem gleichförmigen Verhalten oder bestimmten Maßnahmen bei den einzelnen Beteiligten führen. Ein Gemeinschaftsunternehmen stellt vielmehr eine zusätzliche Unternehmensbildung in Form einer Beteiligung als Gesellschafter an einem neuen oder bestehendem dritten Unternehmen dar.

bb) Zum anderen steht das Gemeinschaftsunternehmen auf Grund der Tatsache, daß mehrere Unternehmen seine Gesellschafter sind, in Zusammenhang mit der allgemeinen wirtschaftlichen Zusammenarbeit oder Kooperation. Infolgedessen

⁴ Ganderberger, S. 26; v. Philippovich, S. 144; teilweise geht allerdings die Wirtschaftswissenschaft noch weiter und lehnt schon bei einer wirtschaftlichen Abhängigkeit die Unternehmenseigenschaft ab (s. Ganderberger, S. 31); ist aber ein Unternehmen — wie das Gemeinschaftsunternehmen — von mehreren gegründet und damit wirtschaftlich abhängig, so ist es von keinem völlig abhängig und so von einer gewissen Selbständigkeit; außerdem sind seine Unternehmensorganisation und seine wirtschaftlichen Aufgaben in sich selbständig; damit dürfte es auch nach dieser engeren wirtschaftswissenschaftlichen Definition ein »Unternehmen« sein; andernfalls wäre auch grundsätzlich eine OHG, KG usw. kein »Unternehmen« in diesem Sinne, da in allen diesen Fällen eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit von den Einzelgesellschaftern besteht.

ist auch eine Abgrenzung nach dieser Seite erforderlich, um festzustellen, inwieweit sich das Gemeinschaftsunternehmen von den anderen Formen der Kooperation unterscheidet.

c) Abgrenzung von anderen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit

Im Rahmen der allgemeinen wirtschaftlichen Kooperation ist das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Möglichkeit von vielen, um im Wege einer Zusammenarbeit einen erhöhten Nutzen bei den Beteiligten zu erzielen.

Von der stärksten Form der Kooperation, der Fusion, bis zur schwächsten, der Arbeitsgemeinschaft, – die bloßen zwischenbetrieblichen Absprachen bleiben aus den erwähnten Gründen hiervon ausgeklammert – reichen diese Möglichkeiten.

aa) Die Fusion als stärkste Form der wirtschaftlichen Kooperation ist deshalb zunächst mit dem Gemeinschaftsunternehmen zu vergleichen. Bei ihr vereinigen sich mehrere Unternehmen zu einem neuen Unternehmen oder gehen in einem anderen Unternehmen auf. Dies hat in allen Fällen den Verlust der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit der fusionierten Unternehmen zur Folge. Bei der Gründung und dem Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens dagegen bleibt sowohl die rechtliche Selbständigkeit wie auch die wirtschaftliche Unabhängigkeit aller beteiligten Unternehmen erhalten. Es entsteht lediglich ein zusätzliches Wirtschafts- und Rechtssubjekt, sei es durch Neugründung, sei es durch gemeinsame Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen, das *neben* den Unternehmen der Beteiligten besteht⁵.

bb) Bei einem Konzern, einer weiteren Form der unternehmerischen Zusammenarbeit, bleiben die einzelnen beteiligten Unternehmen zwar in ihrer rechtlichen Selbständigkeit unangetastet, ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit geht jedoch verloren, da eine einheitliche wirtschaftliche Leitung der Konzernunternehmen gebildet wird⁶. Bei einem Gemeinschaftsunternehmen dagegen verbleibt den beteiligten Unternehmen hinsichtlich ihrer eigenen Unternehmen die *völlige* wirtschaftliche Selbständigkeit, während das Gemeinschaftsunternehmen selbst als gemeinsames Tochterunternehmen im Verhältnis zu allen seinen Gesellschaftern anzusehen ist. Seine Gesellschafter untereinander bilden jedoch keinen Konzern, da sie in ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit unberührt bleiben.

cc) Eine dem Konzern nahestehende Form der allgemeinen Kooperationsbildung ist die Interessengemeinschaft. Sie stellt im Normalfall eine Gewinngemeinschaft der beteiligten Unternehmen dar, die in ihrer rechtlichen Selbständigkeit ebenso wie bei einer Konzernbildung unangetastet bleiben⁷. Zur Verwirklichung der Gewinngemeinschaft werden entweder die gesamten Gewinne einer bestimmten Rechnungsperiode oder die bestimmter Geschäftszweige der einzel-

⁵ Vgl. die Beispiele in *Einl.*, S. 15.

⁶ Müller-Erzbach, S. 409; Nägeli, S. 197; Haupt-Reinhardt, S. 190; Würdinger, S. 218; Rinck in JB 1964/65, S. 122.

⁷ Müller-Erzbach, S. 409; Friedländer, S. 114; Haupt-Reinhardt, S. 189; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 341; Geiler, Organisationsformen, S. 19.

nen Beteiligten ermittelt, zusammengezählt und vertragsgemäß verteilt⁸. Damit wird, wie im Falle des Konzerns, der Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Beteiligten herbeigeführt⁹. Denn die Gewinnkalkulation und die selbständige Gewinnerzielung ohne fremde Einflußnahme ist eines der wesentlichsten Merkmale der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines Unternehmens.

Zusätzlich beinhaltet eine Interessengemeinschaft meist eine Verwaltungsgemeinschaft, die der Gleichrichtung der gesamten wirtschaftlichen Ziele der beteiligten Unternehmen dienen soll¹⁰. Bei einer derartigen Ausgestaltung der Interessengemeinschaft müssen sich die Beteiligten den Entscheidungen des Gemeinschaftsorgans unterwerfen; sie haben in dieser Hinsicht keine eigene Entscheidungsfreiheit mehr¹¹. Es fehlt ihnen hier erst recht die wirtschaftliche Unabhängigkeit, die bei einem Gemeinschaftsunternehmen voll und ganz erhalten bleibt.

dd) Die Arbeitsgemeinschaft stellt die schwächste Form unternehmerischer Zusammenarbeit dar. Bei ihr handelt es sich um den Zusammenschluß von mehreren Unternehmen zu dem Zweck, eine sachlich und zeitlich begrenzte Leistung gemeinsam zu erbringen¹². Die beteiligten Unternehmen bleiben rechtlich und wirtschaftlich ebenso selbständig wie bei einem Gemeinschaftsunternehmen. Nur Zweck und Ziel ihrer Zusammenarbeit sind unterschiedlich. Denn während es sich bei einem Gemeinschaftsunternehmen um einen vollständigen Gewerbebetrieb handelt, ist das Ziel einer Arbeitsgemeinschaft die Erfüllung konkreter Aufgaben, nach deren Fertigstellung die Gemeinschaft aufgelöst wird. Sie entspricht in dieser Hinsicht der Gelegenheitsgesellschaft, die nur zur Erledigung einer bestimmten Aufgabe und nicht auf Dauer errichtet wird¹³, und gleicht dieser auch insofern als sie regelmäßig in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft gegründet wird. Von dem Gemeinschaftsunternehmen unterscheidet sie sich weiterhin dadurch, daß bei ihr kein neues, neben den Unternehmen der Beteiligten bestehendes eigenständiges Unternehmen geschaffen wird.

Alle diese Abgrenzungen können jedoch nur mit gewissen Einschränkungen vorgenommen werden. Die Grenzen zwischen den Formen der wirtschaftlichen Kooperation sind im einzelnen fließend, so daß es teilweise schwierig ist, genaue Unterscheidungen zu treffen. Das entscheidende Merkmal, das das Gemeinschaftsunternehmen unter allen anderen Formen der Zusammenarbeit mit Ausnahme der Arbeitsgemeinschaft hervorhebt, ist die wirtschaftliche Selbständigkeit, die den beteiligten Unternehmen erhalten bleibt.

Einschränkungen, die sich die Gesellschafterunternehmen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens auferlegen, stehen nicht in Widerspruch mit dieser Begriffsbestimmung. Denn einmal gehören solche Beschränkungen nicht zum Wesen eines Gemeinschaftsunternehmens und zum anderen be-

⁸ Haupt-Reinhardt, S. 190; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 341.

⁹ Kröger, Betr. 1962, S. 1038.

¹⁰ Haussmann, S. 132; Haupt-Reinhardt, S. 190; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 341.

¹¹ Friedländer, S. 116.

¹² Lutz, NJW 1960, S. 1833; Benisch, Kooperationsfibel, S. 79; Kröger, Betr. 1962, S. 1037; Nägeli, S. 250.

¹³ Lutz, NJW 1960, S. 1833 und Anm. 2 daselbst; Enneccerus-Lehmann, § 175 II.

treffen sie regelmäßig nur Teilbereiche der wirtschaftlichen Betätigung der Beteiligten und bedeuten niemals einen völligen Verlust der wirtschaftlichen Selbstständigkeit und Entscheidungsfreiheit wie bei einer Fusion, einem Konzern oder einer Interessengemeinschaft.

Die Arbeitsgemeinschaft unterscheidet sich von allen diesen Kooperationsformen durch ihre besondere Zwecksetzung und bildet insofern eine Sonderform, die sie auch von dem Gemeinschaftsunternehmen abhebt.

d) Zusammenfassende Definition

Wie sich hieraus ergibt, stellt das Gemeinschaftsunternehmen eine Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen dar, die unter Wahrung dieser Selbstständigkeit der beteiligten Unternehmen zur Entstehung eines zusätzlichen neben den Unternehmen der Beteiligten vorhandenem Rechts- und Wirtschaftsobjekt mit vollen Unternehmensfunktionen führt, welches in irgendeiner gesellschaftsrechtlichen Form organisiert ist und durch Neugründung oder Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen geschaffen wird.

2. Begriff und Wesen der Funktionsgemeinschaft

Ebenso wie vor einer kartellrechtlichen Untersuchung der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens zu bestimmen und abzugrenzen war, ist auch der der Funktionsgemeinschaft¹⁴ vor allen weiteren Untersuchungen zu definieren.

a) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Gemeinschaftsunternehmen

Die Funktionsgemeinschaften stehen sowohl rechtlich wie auch hinsichtlich der Ursachen, die zu ihrer Gründung führen, den Gemeinschaftsunternehmen sehr nahe. Beide sind Erscheinungsformen der zwischenbetrieblichen Kooperation und unterscheiden sich in ihren *rechtlichen* Merkmalen nur wenig. Bei beiden bleiben die Gesellschafterunternehmen in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit unberührt. Sowohl bei den Gemeinschaftsunternehmen wie auch bei den Funktionsgemeinschaften wird ein neues neben den Unternehmen der Beteiligten bestehendes Rechts- und Wirtschaftsobjekt geschaffen, das in irgendeiner gesellschaftsrechtlichen Form organisiert ist. Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften unterscheiden sich grundsätzlich nur in ihrer wirtschaftlichen Zielsetzung.

Im Gegensatz zu den Gemeinschaftsunternehmen, die eine volle unternehmerische Organisation besitzen, übernimmt eine Funktionsgemeinschaft nur eine oder

¹⁴ Auch hierfür fehlt es an einheitlichen Bezeichnungen; teilweise wird sie »Teilfunktionsgemeinschaft« genannt, so *Rasch*, WuW 1961, S. 84, teilweise auch »Zweckgemeinschaft«, so *Friedländer*, S. 123; *Nägeli*, S. 102.

einige von den Aufgaben, die ein Unternehmen zu bewältigen hat; beispielsweise übernimmt sie den Vertrieb oder die Forschung und übt diese für die beteiligten Unternehmen aus, die diese Funktionen nicht mehr oder allenfalls neben der Funktionsgemeinschaft erfüllen. Die Tätigkeit der Funktionsgemeinschaft braucht sich dabei nicht auf eine einzige Funktion zu beschränken. Oftmals werden mehrere Aufgaben miteinander kombiniert, wie beispielsweise Vertrieb und Werbung. Es ist auch möglich, daß die betreffende Funktionsgemeinschaft einzelne Rechte oder Vermögensteile, wie z. B. Patente und Nutzungsrechte, für die Gesellschafterunternehmen gemeinsam verwaltet¹⁵.

In allen diesen Fällen sind es aber jeweils nur unternehmerische Teilaufgaben, die den Funktionsgemeinschaften übertragen werden¹⁶. Es entspricht ihrer Zwecksetzung, daß sie nur als Hilfsorgane für die Unternehmen der Beteiligten fungieren. Eine eigene wirtschaftliche Existenz ist ihnen nicht zugedacht, so daß sie grundsätzlich auch nur in Verbindung mit den Gesellschafterunternehmen ihre Aufgaben erfüllen können.

Im Rahmen der inneren Unternehmenssphäre sind es insbesondere Forschungs-, Kalkulations-, Buchhaltungs- und Abrechnungsaufgaben, die sich zur Übertragung auf eine Funktionsgemeinschaft eignen. Je nach ihrer Zwecksetzung bezeichnet man diese Funktionsgemeinschaften dann als Forschungs-, Entwicklungs-, Kalkulations-, Abrechnungs- und in der weiteren Folge als Inkassogemeinschaften¹⁷.

In dem äußeren Unternehmensbereich und im Verkehr mit anderen Marktbeteiligten sind es vor allem der Ein- und Verkauf, die Werbung, die Haftung und die Benutzung von Güte- und Verbandszeichen, die sich zur Übertragung auf eine solche Funktionsgemeinschaft anbieten. Die betreffenden Funktionsgemeinschaften tragen dann die Bezeichnung Ein- oder Verkaufsgemeinschaft, Werbe-, Risiko- oder Zeichengemeinschaft, jeweils nach ihrem Tätigkeitsbereich.

Diese Funktionsgemeinschaften können ihrerseits wiederum Ausgangspunkt einer Entwicklung sein, die zu einem Gemeinschaftsunternehmen führt¹⁸. Sie können aber auch allein als Funktionsgemeinschaften in Erscheinung treten.

Die Aufgabe einer Funktionsgemeinschaft besteht folglich in keinem Falle in einer selbständigen Gewinnerzielung mit Hilfe einer eigenen Organisation, sondern nur in einer Erfüllung unternehmerischer Teilaufgaben für die Unternehmen der Beteiligten. Der Unterschied zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und einer Funktionsgemeinschaft läßt sich an folgendem Beispiel wohl am besten verdeutlichen: Gründen mehrere Unternehmen eine Werbeagentur, die völlig auf sich gestellt auf dem Werbemarkt tätig sein und Aufträge von jedem Nachfrager annehmen und ausführen soll, so handelt es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen, das mittels seiner Betriebsorganisation bestimmte Dienstleistungen erbringt, die einer selbständigen Gewinnerzielung dienen. Soll diese Werbeagentur dagegen nur eine Werbung für die Gesellschafterunternehmen betreiben, so handelt es sich

¹⁵ *Rasch*, Konzernrecht, S. 31, 32.

¹⁶ *Grochla*, S. 73.

¹⁷ *Friedländer*, S. 127 ff.

¹⁸ *Geiler*, Rat. 1962, S. 261.

um eine Funktionsgemeinschaft, die nur unternehmerische Teilaufgaben – hier die Werbung – erfüllen soll und nicht mit Hilfe ihrer Betriebsorganisation einer selbständigen Gewinnerzielung nachgeht.

b) Funktionsgemeinschaften als »Unternehmen«

Zieht man lediglich den allgemeinen rechtlichen Unternehmensbegriff heran, demzufolge ein Unternehmen eine wirtschaftliche und organisatorische Einheit darstellt, die unter Einsatz von immateriellen und materiellen Mitteln eine gewerbliche Tätigkeit ausübt¹⁹, so könnte man auch die Funktionsgemeinschaften als Unternehmen in diesem Sinne bezeichnen. Die wirtschaftliche Zielsetzung der Funktionsgemeinschaften zwingt unter diesem Gesichtspunkt noch nicht zu einer Differenzierung. Geht man dagegen von einem mehr *wirtschaftlich* oder *wirtschaftswissenschaftlich* geprägten Unternehmensbegriff aus, demzufolge ein Unternehmen eine organisatorische Einheit darstellt, die mit Hilfe dieser Organisation einer selbständigen Gewinnerzielung nachgeht²⁰, so fehlt den Funktionsgemeinschaften das entscheidende Kriterium eines Unternehmens. Sie gehen mit ihrer Organisation gerade keiner selbständigen Gewinnerzielung nach, sondern erfüllen nur Teilaufgaben, die zu einer solchen Gewinnerzielung bei den Unternehmen ihrer Gesellschafter führen.

Die Funktionsgemeinschaften stellen damit im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen ein eigenes Wirtschaftsgebilde dar, dessen kartellrechtliche Problematik nicht immer der der Gemeinschaftsunternehmen entspricht, so daß auch bei der Untersuchung der kartellrechtlichen Fragen eine Zweiteilung geboten ist²¹.

c) Abgrenzung von anderen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit

Von den übrigen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit unterscheiden sich die Funktionsgemeinschaften ebenso wie sich das Gemeinschaftsunternehmen von diesen unterscheidet.

Es handelt sich bei der Gründung einer Funktionsgemeinschaft nicht um bloße zwischenbetriebliche Absprachen, sondern um die Bildung eines zusätzlichen Rechts- und Wirtschaftsobjekts, welches in einer beliebigen gesellschaftsrechtlichen Form durchgeführt wird. Nur im Rahmen einer solchen Form kann unter Beteiligung mehrerer anderer Unternehmen ein drittes Wirtschaftsgebilde gegründet und betrieben werden.

Im Gegensatz zu den übrigen Formen der Kooperation bleiben die Gesellschafterunternehmen einer Funktionsgemeinschaft auch weiterhin rechtlich und wirtschaftlich *selbständig*. Von einer Arbeitsgemeinschaft unterscheidet²² sich eine Funktionsgemeinschaft dadurch, daß sie nicht zur Erfüllung einer konkreten Ein-

¹⁹ Vgl. S. 18 und Anm. 3.

²⁰ Vgl. S. 19 und Anm. 4.

²¹ Benisch, Kooperationsfibel, S. 86.

²² Diesen Unterschied macht auch Benisch, Kooperationsfibel, S. 79.

zelaufgabe auf Zeit errichtet wird, sondern auf *Dauer* unternehmerische Hilfsfunktionen ausführen soll. Hinzu kommt, daß bei ihr im Gegensatz zu einer Arbeitsgemeinschaft ein neben den Unternehmen der Beteiligten bestehendes eigenes Organisationsgebilde geschaffen wird.

d) Zusammenfassende Definition

Eine Funktionsgemeinschaft stellt somit eine Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen dar, die unter Wahrung dieser Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen zur Entstehung eines zusätzlichen neben den Unternehmen der Beteiligten vorhandenem Rechts- und Wirtschaftsobjekts führt, das in irgendeiner gesellschaftsrechtlichen Form organisiert ist und dessen Aufgabe in der Erfüllung gewisser Unternehmensfunktionen liegt, ohne daß es selbst eine volle unternehmerische Organisation besitzt, mit deren Hilfe es einer selbständigen Gewinnerzielung nachgehen könnte.

3. Ursachen für die Errichtung und den Betrieb von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften

Die Frage, weshalb Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften gegründet und betrieben werden, hat zunächst lediglich wirtschaftssoziologische Bedeutung. Sie hat eine solche aber auch im Hinblick auf den kartellrechtlichen Fragenkreis, da der Zweck und Inhalt einer Vereinbarung möglicherweise je nach seiner Zielsetzung kartellrechtlich verboten oder erlaubt sein kann. Man denke beispielsweise an die §§ 2 bis 8 GWB, vor allem an §§ 5 und 5a GWB.

a) Rationalisierung

Eine der maßgeblichsten Ursachen für die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen und vor allem von Funktionsgemeinschaften ist der Zwang zur Rationalisierung²³.

Das Beispiel der Textilindustrie zeigt dies am deutlichsten. Durch die ständige Zunahme der Einfuhr ausländischer Erzeugnisse, die zum Teil auf Grund der in den Erzeugerländern niedrigen Löhne erheblich billiger sind als die Inlandserzeugnisse, geriet die Textilindustrie in größere Schwierigkeiten. Vor allem die kleinen und mittleren Betriebe waren davon betroffen. Wegen der hohen Löhne und des angespannten Arbeitsmarktes ist in personeller Hinsicht keine Verbesserung ihrer Wettbewerbslage möglich. Es bleiben nur gesteigerte Rationalisierungsmaßnahmen, eine günstigere Materialbeschaffung und die Herstellung neuer und besserer Erzeugnisse, die mittels einer schlagkräftigen Werbung auf den Markt

²³ Lehnich, S. 14.

gebracht werden müssen, um wieder wettbewerbsfähig zu werden. Die Verwirklichung dieser theoretischen Möglichkeiten stößt aber gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen auf erhebliche Schwierigkeiten. Nicht zuletzt ist es die mangelnde Kapitalkraft, die es dem einzelnen Unternehmen nicht erlaubt, die notwendige Rationalisierung einzuleiten. Die Folge davon ist, daß für die erforderlichen Maßnahmen, wie verstärkte Werbung, umfangreichere Vertriebsorganisation oder erhöhte wissenschaftliche Forschung, die nötigen Mittel fehlen²⁴. Eine gemeinsame Bewältigung dieser Aufgaben in Form von Werbungs-, Verkaufs- oder Forschungsgemeinschaften bietet sich folglich geradezu an. Außerdem ist es einem einzelnen Unternehmen kaum möglich, günstigere Einkaufspreise und -bedingungen zu erzielen. Auch hier kann dies wiederum nur gemeinsam, etwa im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft, erreicht werden.

Ein weiteres Hindernis auf dem Wege zu einer Rationalisierung ist die Zersplitterung der Produktion der einzelnen Unternehmen in unrationelle Kleinserien. Eine rationelle und leistungsstarke Serienproduktion wird dadurch verhindert. Hinzu kommt, daß ein Großteil der Abnehmer ein vollständiges Sortiment erwartet, und die einzelnen Unternehmen, um keine Kunden zu verlieren, die unrationellen Kleinserien beibehalten²⁵. In einem solchen Fall bietet sich als ausgezeichnete Lösung die Gründung einer Vertriebsgemeinschaft an, die die spezialisierten Einzelerzeugnisse zu einem Sortiment vereinigt den Abnehmern anbietet. Eine andere Möglichkeit ist die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, die zusätzliche Güter herstellen, die der Erweiterung des Sortiments dienen, wodurch sich die beteiligten Unternehmen ungestört einer rationellen Einzelherstellung in ihren Betrieben widmen können.

b) Mangelnde Kapitalkraft zur Durchführung neuer Projekte

Ein weiterer Hauptgrund vor allem für die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen ist die mangelnde Kapitalkraft vieler Unternehmen, die deshalb die Erzeugung neuer erfolversprechender Produkte nicht aufnehmen können. Einmal reichen die vorhandenen Fertigungsanlagen nicht aus und zum anderen kann das Risiko einer kostspieligen Neuproduktion von kleineren und mittleren Unternehmen nur schwer allein getragen werden. Die Folge hiervon ist, daß ein Erzeugnis, durch das möglicherweise der Wettbewerb belebt oder eine Verbesserung der Wettbewerbslage des betreffenden Unternehmens hätte erzielt werden können, den Markt überhaupt nicht erreicht. In allen diesen Fällen kann durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens Abhilfe geschaffen werden, da zu dessen Errichtung mehrere Unternehmen beitragen und somit das Risiko einer kostspieligen und unsicheren Neuproduktion verteilt wird.

²⁴ Die Hilfsmöglichkeiten der Verbände, die in diesem Zusammenhang denkbar sind, können meist über geringe Unterstützungen nicht hinausgehen; *Andraee-Schön*, Volksw. 1962, S. 2270; *Becker*, Volksw. 1962, S. 1263.

²⁵ *Geiler*, Rat. 1962, S. 261; *Kröger*, Betr. 1962, S. 1034; *Becker*, Volksw. 1962, S. 1263.

c) *Unabhängigkeit von Zulieferanten*

Ein ebenfalls sehr bedeutsames Motiv für die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ist das Streben nach Unabhängigkeit von Zulieferbetrieben. Gerade die weiterverarbeitende Industrie, deren Existenz von Zulieferungen abhängig ist, versucht durch die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen, die an Stelle der Zulieferanten treten, eine gewisse Sicherheit zu erreichen. Da auch hier in den meisten Fällen die Mittel eines einzelnen Unternehmens versagen, sind Gemeinschaftsgründungen am zweckmäßigsten²⁶. Als günstige Nebenfolge wird außerdem eine erhebliche Kostensenkung durch Wegfall der Verdienstspanne der Zulieferanten erzielt.

d) *Streben nach wirtschaftlicher Sicherheit – Ausschalten von Nachteilen konjunktureller Schwankungen oder Umstrukturierungen der Märkte*

Das Streben nach wirtschaftlicher Zusammenarbeit, sei es in Form von Interessen-, Arbeitsgemeinschaften oder auch Gemeinschaftsunternehmen, entspringt oft auch dem Wunsch der Beteiligten, etwaigen wirtschaftlichen Risiken wie konjunkturellen Schwankungen oder Umstrukturierungen der Märkte²⁷ – insbesondere durch die EWG hervorgerufen – gemeinsam zu begegnen²⁸.

e) *Konzentration der Nachfrage*

Ein weiterer und neuerdings immer bedeutungsvollerer Grund für eine Zusammenarbeit in Form von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ist die fortschreitende Konzentration der Nachfrage durch Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels, Handelsketten, Warenhäuser, Versandhandel und Supermärkte²⁹. Dieser Konzentration soll eine gewisse Zusammenarbeit der Erzeugung entgegengesetzt werden, um so eine stärkere Position des Angebots zu erreichen. Hier ist in erster Linie die Gründung von Funktionsgemeinschaften in Form von Vertriebsgemeinschaften oder Werbegemeinschaften die beste Lösung. Die Beteiligten bleiben in ihrer Erzeugung, Kalkulation und Absatzpolitik frei, treten aber dennoch der Nachfragemacht in einer gewissen Geschlossenheit gegenüber.

Ein Beispiel für die tatsächlichen Erfolge, die durch die Gründung solcher Kooperationsformen erzielt werden können, ist die Einkaufsgemeinschaft eines Teiles der Textilindustrie. Es handelt sich um die 1960 entstandene Einkaufsgemeinschaft »Langenberg«, die von 30 Herstellern von Herrenhemden, die etwa 50% des Gesamtumsatzes dieser Branche auf sich vereinigen, errichtet wurde. Durch diese Einkaufsgemeinschaft sparen die einzelnen Gesellschafterunternehmen an Verpackungsmaterial etwa 10 bis 20% der Kosten gegen früher ein, bei Maschinennadeln sogar 20 bis 25%³⁰.

²⁶ Würdinger, S. 188, 189; v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 101.

²⁷ Dürrhammer, Betr. 1963, S. 1550.

²⁸ Kooperationsfibel des BMW, S. 9.

²⁹ Geiler, Rat 1962, S. 261; Westermann, S. 29.

³⁰ Geiler, Rat. 1960, S. 286.

Die verschiedensten wirtschaftlichen Gründe, deren wesentlichste aufgezeigt wurden, zwingen infolgedessen die Unternehmen zu einer gewissen Zusammenarbeit. Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften sind schon deshalb die geeignetsten Formen hierfür, weil sie den Beteiligten ihre volle Selbständigkeit belassen. Ein Zusammenschluß in anderen Formen hat dagegen meist den Verlust der rechtlichen oder wirtschaftlichen Selbständigkeit und damit der unternehmerischen Existenz zur Folge.

4. Rechtsformen von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften

Die Frage nach den Rechtsformen von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ist nicht nur von allgemeinem rechtlichen Interesse, sondern auch von speziell kartellrechtlicher Bedeutung. Gerade aus der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Verbindung können sich Unterschiede in einer mehr oder weniger starken Bindung der Beteiligten untereinander, in verschiedenartigen Beitragspflichten oder in verschiedenen starken Treupflichten ergeben, die möglicherweise die kartellrechtliche Zulässigkeit des betreffenden Gemeinschaftsunternehmens oder der betreffenden Funktionsgemeinschaft beeinflussen.

a) Rechtsform und Kartellrecht

Entsprechend der Definition der Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften³¹ fallen nur gesellschaftsrechtlich organisierte Wirtschaftsobjekte unter diesen Begriff.

Vorweg ist festzustellen, daß grundsätzlich jede gesellschaftsrechtliche Form gewählt werden kann, ohne daß diese schon Einfluß auf die kartellrechtliche Zulässigkeit hätte³².

Infolgedessen kommen auch bei den bisher gegründeten Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften die verschiedensten Rechtsformen vor.

b) Gründe für die Wahl der verschiedenen Rechtsformen

Für die Wahl der Rechtsform ist allein die Vorstellung der Gründer und der angestrebte Zweck des Gemeinschaftsunternehmens oder der Funktionsgemeinschaft maßgebend.

Neben dem wirtschaftlichen Ziel, welches das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft verfolgen soll – wie etwa Forschung, Vertrieb oder Einkauf – ist vor allem ausschlaggebend, wieviel Unternehmen als Gesellschafter teilnehmen. Wichtig ist außerdem, wie die Haftung geregelt werden soll, ob die

³¹ Vgl. S. 22 und S. 25.

³² *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 14 und 18; *Frankf. Komm.*, Einl. C, Tz. 149; *Bericht*, S. 15; *Westermann*, S. 10; *Held*, S. 32.

³³ *Buchwald-Tiefenbacher*, S. 82 ff; *Held*, S. 15.

Beteiligung übertragbar, wie umfangreich Gemeinschaftsunternehmen oder Funktionsgemeinschaft werden sollen und nicht zuletzt, wie groß das wirtschaftliche Risiko ist³³. Hinzu kommen in vielen Fällen, man denke vor allem an eine Verkaufsgemeinschaft, noch steuerrechtliche Erwägungen³⁴.

aa) Die Gründung und der Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens oder einer Funktionsgemeinschaft in Form einer OHG, KG oder BGB-Gesellschaft kommt in erster Linie dann in Frage, wenn die Zahl der Beteiligten gering ist, sie auch auf diesen Kreis beschränkt bleiben soll und eine verschärfte Haftung in Kauf genommen wird. Es muß hinzukommen, daß das betreffende Gemeinschaftsunternehmen oder die betreffende Funktionsgemeinschaft keine allzu großen Kapitaleinlagen benötigt, die notfalls von wenigen Gesellschaftern aufzubringen sind.

Eine BGB-Gesellschaft kommt jedoch trotz Vorliegen aller dieser Voraussetzungen dann nicht in Frage, wenn das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft – wie es auf Grund des Erwerbszweckes regelmäßig der Fall sein wird – nach außen einen eigenen Geschäftsbetrieb erfordert³⁵. Schon die mangelnde Prozeßfähigkeit würde dies verhindern. Infolgedessen scheidet die BGB-Gesellschaft regelmäßig als Rechtsform für ein Gemeinschaftsunternehmen sowie eine Ein- und Verkaufsgemeinschaft aus, während sie beispielsweise bei einer Forschungsgemeinschaft, die zu einer besonders engen Bindung der Beteiligten führt, durchaus angebracht ist.

bb) Eine Kapitalgesellschaft, vor allem eine GmbH, wird regelmäßig dann als Rechtsform gewählt, wenn mit dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft ein Geschäftsbetrieb verbunden ist, eine verschärfte Haftung vermieden, die Aufnahme und der Austritt von Beteiligten nicht unterbunden und die Zahl der Gesellschafterunternehmen nicht allzu groß werden soll. Die GmbH ist folglich die zweckmäßigste Rechtsform für ein Gemeinschaftsunternehmen und alle Funktionsgemeinschaften, die nach außen einen eigenen Geschäftsbetrieb mit selbständiger Rechtsträgerschaft erfordern³⁶.

cc) Die AG und der nicht rechtsfähige Verein werden als Rechtsform eines Gemeinschaftsunternehmens oder einer Funktionsgemeinschaft meist deshalb ausscheiden, weil sie auf größere Mitgliederzahlen zugeschnitten sind³⁷ als sie bei diesen Kooperationsformen normalerweise vorkommen.

dd) Der rechtsfähige Verein ist zumindest dann, wenn das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft einen Geschäftsbetrieb benötigt, nicht als Rechtsform geeignet, da die für einen solchen Betrieb notwendige Haftungsgrundlage fehlt. Dritte können sich weder an die einzelnen Gesellschafterunternehmen – wie bei OHG, KG oder BGB-Gesellschaft – noch an einen festen Kapitalbestand – wie bei einer GmbH – halten³⁸. Diese Rechtsform kommt infolgedessen allenfalls bei solchen Funktionsgemeinschaften in Betracht, die nach

³⁴ Benisch, Die Wahl der Rechtsform, S. 9.

³⁵ Held, S. 53; Benisch, Die Wahl der Rechtsform, S. 10.

³⁶ Grochla, S. 116; Buchwald-Tiefenbacher, S. 82; Held, S. 90; Benisch, Die Wahl der Rechtsform S. 20.

³⁷ Held, S. 60 und 65, 66; Grochla, S. 116.

³⁸ Held, S. 65, 66.

außen kaum hervortreten, wenig Verpflichtungen eingehen und zudem einem größeren Beteiligtenkreis offenstehen, wie beispielsweise eine Werbe- oder Zeichengemeinschaft³⁹.

ee) Die Genossenschaft – eine weitere gesellschaftsrechtliche Form – genießt ebensowenig wie andere Gesellschaftstypen eine kartellrechtliche Sonderstellung⁴⁰. Ihre Rechtsform ist jedoch auf Grund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung zumindest für Gemeinschaftsunternehmen nicht sehr zweckmäßig. Die Vorteile, die sie gegenüber dem rechtsfähigen Verein besitzt, wie beispielsweise die Möglichkeit, einen Geschäftsbetrieb zu unterhalten, hat sie mit Ausnahme einiger steuerlicher Erleichterungen⁴¹ mit der GmbH gemeinsam. Demgegenüber hat jedoch das Prinzip der nicht geschlossenen Mitgliederzahl⁴² einen schwerwiegenden Nachteil, der in vielen Fällen mit dem Wesen der Gemeinschaftsunternehmen nicht vereinbar ist⁴³. Es können zwar im Statut die Mitgliederzahlen nach oben oder unten begrenzt und Bedingungen für die Aufnahme neuer Mitglieder festgelegt werden, sofern dadurch ein Beitritt nicht *schlechthin* ausgeschlossen wird. Auch wenn somit keine Genossenschaft verpflichtet ist, *jeden*, der einen Beitritt wünscht, als Mitglied aufzunehmen⁴⁴, so besteht doch in jedem Fall für Außenseiter dann ein Anspruch auf Aufnahme, wenn die Zurückweisung den Zwecken der Genossenschaft widerspricht⁴⁵. Die Gesellschafterunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens, das eine enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit voraussetzt und in vielen Fällen – man denke an Gemeinschaftsunternehmen, die völlig neuartige Erzeugnisse herstellen – naturbedingt nur von einigen Gesellschaftern betrieben werden kann, könnten folglich Gefahr laufen, in manchen Fällen unerwünschten Außenseitern die Aufnahme in das Gemeinschaftsunternehmen nicht verweigern zu können.

Aus diesem Grunde ist die Rechtsform der Genossenschaft für ein Gemeinschaftsunternehmen wenig geeignet, zumal die Vorteile, die diese Rechtsform bietet, auch bei einer GmbH gegeben sind.

Anders verhält es sich, wenigstens zum Teil, bei Funktionsgemeinschaften. Soweit diese einen Geschäftsbetrieb erfordern – wie beispielsweise Ein- und Verkaufsgemeinschaften – und eine möglichst große Zahl von Mitgliedern anstreben, ist die Genossenschaft – schon vom gesetzlichen Standpunkt aus gesehen – eine geradezu ideale Rechtsform. Dies beweist nicht zuletzt die Tatsache, daß eine große Zahl von Ein- und Verkaufsgemeinschaften, die am Anfang der Kooperationsentwicklung standen, diese Rechtsform wählte⁴⁶. Dadurch ergab sich auch bei den Beratungen zum GWB erst die Frage, ob Genossenschaften nicht eine kartellrechtliche Sonderstellung genießen sollten⁴⁷.

³⁹ Vgl. das Beispiel bei *Benisch*, Kooperationsfibel, S. 189.

⁴⁰ Vgl. Bericht, S. 15, der dies ausdrücklich für Genossenschaften klarstellt, nachdem dies bei den Beratungen zunächst noch bestritten war; Westermann, S. 10.

⁴¹ *Bieling*, S. 80, Anm. 125 und 126.

⁴² § 1 I GenG.

⁴³ Ebenso für Kartelle, *Held*, S. 97.

⁴⁴ *Paulick*, S. 140.

⁴⁵ *Meyer-Meulenbergh*, § 1 GenG, Anm. 1 a; RG 47/76 ff.

⁴⁶ *Westermann*, S. 6, S. 18.

⁴⁷ S. Bericht S. 15.

Gegen die Verwendbarkeit der Rechtsform der Genossenschaft spricht im übrigen nicht, daß die Genossenschaften die »Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezwecken müssen«, wie es § 1 GenG vorschreibt. Die Genossenschaft verfolgt als Förderungs- und Hilfgemeinschaft grundsätzlich keine *eigenen* wirtschaftlichen Ziele, sondern in erster Linie eine *unmittelbare* Förderung ihrer Mitglieder⁴⁸. Eine eigenständige Gewinnerzielung, ein Merkmal, das den Funktionsgemeinschaften grundsätzlich fehlt⁴⁹, ist folglich nicht notwendig⁵⁰. Hinzu kommt, daß die gemeinsamen Einrichtungen und gemeinschaftlichen Aufgaben der Funktionsgemeinschaften deren Mitgliedern in ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit unmittelbar zugute kommen und so den Hauptzweck einer Genossenschaft darstellen.

Funktionsgemeinschaften, die dagegen auf einen kleinen und abgeschlossenen Mitgliederkreis Wert legen – wie beispielsweise Forschungs- und Patentgemeinschaften – werden grundsätzlich nicht zur Rechtsform der Genossenschaft greifen, da sie nicht Gefahr laufen wollen und können, unerwünschte Dritte aufnehmen zu müssen.

ff) Weiterhin ist noch die Rechtsform der Doppelgesellschaft möglich, die im Rahmen der Kooperation große Bedeutung besitzt⁵¹. Wird diese Rechtsform für ein Gemeinschaftsunternehmen oder eine Funktionsgemeinschaft gewählt, so werden diese regelmäßig als GmbH betrieben, während sich die Gesellschafterunternehmen zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen, die das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft lenkt und beherrscht⁵². Dies hat den Vorteil, daß sich eine mögliche Unwirksamkeit der BGB-Gesellschaft nicht auf die GmbH und damit das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft auswirkt.

Die geeignetste Rechtsform für ein Gemeinschaftsunternehmen und die meisten Funktionsgemeinschaften ist die OHG oder GmbH; die übrigen Gesellschaftsformen kommen grundsätzlich nur für bestimmte Arten von Funktionsgemeinschaften in Betracht.

⁴⁸ Paulicke, S. 51.

⁴⁹ Vgl. S. 24.

⁵⁰ Meyer-Meulenbergh, § 1 GenG, Anm. 1 c.

⁵¹ Benisch, Die Wahl der Rechtsform, S. 22.

⁵² Axmann, WuW 1963, S. 998; Held, S. 97; Grochla, S. 116; Baumbach-Hefermehl, Vorbem. zu § 1 GWB, Anm. 21; Staudinger-Geiler, Anhang zu §§ 705 ff. BGB, Anm. 26.

2. TEIL

Gesetzliche Grundlagen und Gegenstand der Untersuchung

Bei jeder Untersuchung, inwieweit gewisse Formen der Zusammenarbeit mit dem geltenden Recht in Einklang stehen, stellt sich zunächst die Frage, was zu untersuchen ist, welches Gesetz und welche Vorschriften desselben zur Überprüfung dieser Vereinbarkeit anzuwenden sind.

Die Frage nach dem anwendbaren Gesetz ist im vorliegenden Fall schon vom Thema her beantwortet. Die Frage, was zu untersuchen ist und nach welchen Normen des GWB, bedarf noch einer genaueren Beantwortung.

1. Gesellschaftsvertrag und Einzelabreden als Gegenstand der kartellrechtlichen Untersuchung

a) Gesellschaftsvertrag

Eine gemeinsame Beteiligung mehrerer Unternehmen an einem Gemeinschaftsunternehmen oder einer Funktionsgemeinschaft ist nur – wie schon angedeutet¹ – mit Hilfe einer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform möglich. Ein Gemeinschaftsunternehmen oder eine Funktionsgemeinschaft kann daher allein durch einen Gesellschaftsvertrag entstehen. Für eine kartellrechtliche Untersuchung kommen infolgedessen zunächst die entsprechenden Gesellschaftsverträge in Betracht und alle damit zusammenhängenden Vereinbarungen unter den Gesellschafterunternehmen, sei es im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag oder in Form von Gesellschafterbeschlüssen.

b) Verträge zwischen einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft

Fraglich ist es, inwieweit Verträge zwischen einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft überhaupt nach kartellrechtlichen Normen überprüfbar sind, da in diesen Fällen zwischen den Vertragspartnern ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis besteht.

aa) Grundsätzlich muß gelten, daß die Wettbewerbsregelung zwischen voneinander abhängigen Unternehmen in der Gewalt dieser Unternehmen selbst steht. Für das, was Inhaber- und Tochterunternehmen untereinander regeln, kann der

¹ Vgl. S. 19.

Staat keine Normen aufstellen². Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, daß das Inhaberunternehmen sowohl das Tochterunternehmen wie sich selbst völlig auflösen und dessen Wettbewerbshandlungen ebenso wie seine eigenen kraft seines Inhaberrechts bestimmen kann³. Wer aber diese Rechte besitzt, muß auch vertragliche Vereinbarungen treffen können, die dem einen oder anderen Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung auferlegen. Solche Verträge führen nicht, wie vom GWB vorgesehen, zu einer konstitutiven Wettbewerbsbeschränkung, sondern unterstreichen rein deklaratorisch, was das Mutterunternehmen auch ohne Vertrag für beide Unternehmen anordnen kann⁴. Aus diesem Grunde fallen auch »Gemeinschaftsunternehmen« oder »Funktionsgemeinschaften«, deren Gesellschafter voneinander abhängige Konzernunternehmen sind, von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des GWB. Anders verhält es sich allerdings dann, wenn die Gesellschafterunternehmen voneinander unabhängige Konzernunternehmen sind.

Ein solches Abhängigkeitsverhältnis, das eine Anwendung des GWB ausschließt, liegt aber – auf den Fall solcher Kooperationsbildungen bezogen – nur dann vor, wenn das betreffende einzelne Gesellschafterunternehmen auf Grund seiner Stellung zu dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft, also kraft seines Beteiligungsverhältnisses an diesem, das Kooperationsobjekt *seiner* Anordnungen unterwerfen kann. Nur dann sind aus den erwähnten Gründen Verträge zwischen den beiden kartellrechtlich von vornherein unbeachtlich. Denn nur bei einer solchen Sachlage fehlt es an dem erforderlichen Selbständigkeitsverhältnis zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft und dem betreffenden Gesellschafterunternehmen.

bb) Sind aber an dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft mehrere Unternehmen beteiligt und zwar – wie es die Regel ist – zu gleichen Anteilen, so besteht zwischen keinem der einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Kooperationsobjekt ein Abhängigkeitsverhältnis, das es dem betreffenden Beteiligten gestatten würde, *allein* sowohl seine eigenen Wettbewerbshandlungen als auch die des Gemeinschaftsunternehmens oder der Funktionsgemeinschaft zu gestalten. Damit entfällt aber der wesentliche Grund für die kartellrechtliche Unerheblichkeit solcher Verträge. Bei einer derartigen Sachlage führt erst der Vertrag zu einer konstitutiven Wettbewerbsbeschränkung, was bei Vorliegen eines echten Abhängigkeitsverhältnisses gerade nicht der Fall war. Infolgedessen sind derartige Verträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem GWB hin zu untersuchen. Andernfalls wäre dies geradezu eine ideale Möglichkeit, das Gesetz

² Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 6; Ulmer, WuW 1960, S. 172; Benisch, WuW 1958, S. 273 für die Verkaufsgemeinschaft; Kröger, Betr. 1962, S. 1038; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 38.

³ So insbesondere Ulmer, WuW 1960, S. 172; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 16; Haberkorn, GRUR 1962, S. 451; Gandenberger, S. 121.

⁴ Diesem Ergebnis kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, daß der Schutz der übrigen Marktteilnehmer, die der Meinung sind, die abhängigen Unternehmen seien wirtschaftlich völlig selbständig, ein Erstrecken des Verbots von § 1 GWB auf diese Fälle erfordere; so Zeitler, WuW 1959, S. 635; ein derartiger Rechtsscheingrundsatz gehört zwar dem Handelsrecht an, nicht aber dem GWB, das nur tatsächliche Vorgänge erfaßt; Ulmer, WuW 1960, S. 173.

zu umgehen, da der Erwerb eines geringen Anteils des Vertragspartnerunternehmens die gesamten Verträge, die mit diesem Unternehmen abgeschlossen werden, dem GWB entziehen würde.

cc) Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen untereinander, mit dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft einzelne Verträge abzuschließen, so sind solche Verträge in jedem Fall nach den Vorschriften des GWB zu überprüfen. Die Vereinbarung selbst wiederum ist zwischen voneinander völlig unabhängigen Unternehmen geschlossen und insoweit auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin zu untersuchen. Setzen sich die Beteiligten über die etwaige Unwirksamkeit der betreffenden Kollektivvereinbarung hinweg, indem sie mit dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft dementsprechende Einzelverträge abschließen, so liegt darin ein Verstoß gegen § 38 I Nr. 1 bzw. Nr. 2 GWB. Eine solche kollektive Vereinbarung darf jedoch nicht vermutet werden, sondern es bedarf eines dahingehenden Beweises der Kartellbehörde. Selbst, wenn die einzelnen Gesellschafterunternehmen mit dem Gemeinschaftsunternehmen oder der Funktionsgemeinschaft gleichlautende Verträge abschließen, ist darin *allein* noch kein Beweis für eine dementsprechende Kollektivvereinbarung zu sehen⁵.

2. Heranzuziehende Vorschriften des GWB — Anwendbarkeit von § 1 GWB

Das GWB enthält keine Vorschriften, die speziell die Frage der Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften, wie etwa die der marktbeherrschenden Unternehmen, regeln.

a) Abgrenzung zu §§ 25 und 26 GWB

Da Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften nur durch einen Gesellschaftsvertrag entstehen können und auch sonst im Zusammenhang mit ihnen nur vertragliche Vereinbarungen zur Untersuchung stehen, sind hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem GWB folglich nur solche Normen heranzuziehen, die sich gegen Verträge richten.

Die Vorschriften über ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bleiben insofern unberücksichtigt. Sie regeln lediglich das nach außen gerichtete Verhalten von Unternehmen. Hier aber geht es um die interne Organisation dieser Kooperationsformen und alle Vereinbarungen, die ihre Gesellschafter im Zusammenhang damit eingehen.

Daher ist wie im Rahmen jeder kartellrechtlichen Untersuchung, die sich gegen vertragliche Abmachungen richtet, zunächst § 1 GWB, die Generalklausel dieses Gesetzes⁶, heranzuziehen.

⁵ Benisch, WuW 1958, S. 274; BGH WuW/E BGH 211.

⁶ Hefermehl, GRUR 1963, S. 386; Begr., S. 1075.

b) *Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB*

Nach dieser Vorschrift sind solche Vereinbarungen unwirksam, die zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen werden und geeignet sind, die Marktverhältnisse durch eine Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen. Auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften bezogen bedeutet dies, daß weder die Bestimmungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages noch die sonstigen Abmachungen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb solcher Kooperationsobjekte getroffen werden, eine Beschränkung des Wettbewerbs enthalten dürfen, die zu einer Beeinflussung des Marktes geeignet ist.

c) *Ausnahmeregelungen*

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der betreffende Vertrag oder die betreffende Vereinbarung grundsätzlich *insoweit* unwirksam, falls nicht einer der gesetzlichen Ausnahmefälle der §§ 2 bis 8 GWB vorliegt, unter den die §§ 5 und 5a GWB für Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften von besonderer Bedeutung sind.

d) *Anwendbarkeit von § 139 BGB*

Bei teilweiser Unwirksamkeit bestimmt sich grundsätzlich nach § 139 BGB, ob der gesamte Vertrag unwirksam ist oder, ob der nicht unwirksame Teil weiterhin besteht⁷.

Handelt es sich bei dem betreffenden Gemeinschaftsunternehmen oder der betreffenden Funktionsgemeinschaft um eine Personengesellschaft, so wird regelmäßig der Gesellschaftsvertrag wirksam bleiben, soweit nur zusätzliche Abreden, die nicht unbedingt zu einer Gesellschaftsgründung gehören, unwirksam sind, es sei denn, daß im Einzelfall die betreffende Wettbewerbsregelung der eigentliche Anlaß der Gesellschaftsgründung war. Im übrigen ist gemäß § 139 BGB der Wille der Vertragsparteien maßgebend⁸. Im Fall der Unwirksamkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages sind die Grundsätze der »faktischen Gesellschaft« anzuwenden⁹.

Handelt es sich dagegen um eine juristische Person, so ist § 139 BGB nicht anwendbar¹⁰. In diesem Falle sind lediglich die Vertragsbestimmungen, die gegen § 1 GWB verstoßen, unwirksam, während der übrige Gesellschaftsvertrag volle Gültigkeit besitzt. Es bleibt den Gesellschafterunternehmen nur die Möglichkeit,

⁷ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 63; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 62; Langen, GWB, § 1 GWB, Rdz. 110; Spengler, WuW 1960, S. 410; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 15.

⁸ Westermann in Erman, BGB, Bd. I, § 139 BGB, Anm. 3.

⁹ Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 61; zur »faktischen Gesellschaft« vgl. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 55 ff.

¹⁰ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 65; Baumbach-Hefermehl, Anm. 61; Quantz, S. 143.

das Gemeinschaftsunternehmen oder die Funktionsgemeinschaft durch Beschluß aufzulösen¹¹.

3. Anwendbarkeit der §§ 15 bis 21 GWB und deren Verhältnis zu § 1 GWB in bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften

Neben § 1 GWB kommen im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bedeutung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften noch die §§ 15 bis 21 GWB in Betracht. Diese Vorschriften regeln die kartellrechtliche Zulässigkeit von »sonstigen« Verträgen.

a) Unterschiede im Tatbestand

Sie unterscheiden sich von § 1 GWB in zweifacher Hinsicht. Einmal setzen sie keine marktbeeinflussende Wirkung der betreffenden Verträge voraus und zum anderen müssen diese Verträge nicht zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen sein.

b) § 1 GWB als *lex specialis* für alle Vereinbarungen zu einem gemeinsamen Zweck

Aus dieser Unterscheidung ergeben sich zwei Folgerungen für das Verhältnis von § 1 GWB zu den §§ 15 bis 21 GWB.

Für Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts, die zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen werden, ist § 1 GWB eine Spezialvorschrift gegenüber den §§ 15 bis 21 GWB und für die betreffende Vereinbarung ausschließlich anwendbar¹². Fehlt es dagegen an dem gemeinsamen Zweck, so sind allein die §§ 15 bis 21 GWB heranzuziehen, falls einer dieser enumerativ aufgeführten Tatbestände erfüllt ist¹³.

c) Anwendbarkeit der §§ 15 bis 21 GWB auf vertikale und horizontale Vereinbarungen

Es besteht dabei kein Unterschied, ob es sich um vertikale oder horizontale Vereinbarungen handelt¹⁴. Andernfalls würden Angehörige verschiedener Wirtschaftsstufen oder -zweige, die Individualverträge wettbewerbsbeschränkenden Inhalts eingehen, mehr von den Rechtsfolgen des GWB erfaßt als Angehörige der gleichen Wirtschaftsstufe, die sich ebenso verhalten. Dafür findet sich jedoch im

¹¹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 62.

¹² Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 16.

¹³ Schwartz in Gem. Komm., Vorbem. zu §§ 15 bis 21 GWB, Rdz. 1; Fikentscher, Sonstige Verträge, S. 548.

¹⁴ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 8; Schwartz in Gem. Komm., Vorbem. zu §§ 15 bis 21 GWB, Rdz. 1; Müller-Gries, GWB, § 1 GWB, Anm. 19; Fikentscher, Sonstige Verträge, S. 548; a.M. Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 6; Mayer-Wegelin, GWB, Vorbem. zu § 15 GWB; Klaue, WuW 1961, S. 323, 325; hiernach sollen alle horizontalen Verträge unter § 1 GWB und alle vertikalen unter §§ 15 bis 21 GWB fallen.

GWB kein Hinweis, zumal sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der §§ 1 und 15 bis 21 GWB eine derartige Unterscheidung in horizontale und vertikale Verträge ergibt¹⁵.

d) Verhältnis von § 1 GWB und §§ 15 bis 21 GWB in bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften

Auf die kartellrechtliche Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften bezogen, bedeutet dieses Verhältnis von § 1 GWB zu den §§ 15 bis 21 GWB, daß die jeweiligen Gesellschaftsverträge und die damit zusammenhängenden Vereinbarungen zunächst nach § 1 GWB zu überprüfen sind. Ist § 1 GWB anwendbar, so brauchen die verschiedenen Tatbestände der §§ 15 bis 21 GWB nicht mehr herangezogen zu werden. Ist § 1 GWB nicht anwendbar, so sind die §§ 15 bis 21 GWB *nur* dann heranzuziehen, wenn der betreffenden Vereinbarung *kein gemeinsamer Zweck* zugrunde liegt. Liegt § 1 GWB aus anderen Gründen nicht vor, ist eine Anwendbarkeit der §§ 15 bis 21 GWB nicht mehr möglich¹⁶.

4. Anwendbarkeit von § 23 GWB und Verhältnis zu § 1 GWB in bezug auf Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften

Neben den genannten Vorschriften gibt es im Rahmen des GWB keine Normen, nach denen die Gründung oder der Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens oder einer Funktionsgemeinschaft unzulässig oder von einer Erlaubnis abhängig sein kann.

Zweifelhaft ist allerdings, inwieweit § 23 GWB auf die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften anwendbar ist und wie sich diese Vorschrift zu den §§ 1 und 15 bis 21 GWB verhält.

a) Die Selbständigkeit der Vertragsbeteiligten als Tatbestandsvoraussetzung von § 1 GWB im Gegensatz zu § 23 GWB

Unter § 23 GWB sind nur solche Vorgänge subsumierbar, bei denen sich Unternehmen unter Aufgabe ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit mit anderen Unternehmen zusammenschließen oder ein anderes Unternehmen oder Teile davon übernehmen¹⁷, nicht aber – wie bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften – solche, bei denen Unternehmen unter Wahrung ihrer Selbständigkeit ein zusätzliches Wirtschaftsobjekt gründen. Wäh-

¹⁵ Bericht, S. 20.

¹⁶ Fikentscher, Sonstige Verträge, S. 555; Rittner, Betr. 1957, S. 1094; a.M. anscheinend Baumbach-Hefermehl, Vorbem. zu §§ 15 bis 21 GWB, Anm. 2.

¹⁷ Bartholomeyczik in Gem. Komm., § 23 GWB, Rdz. 22; derselbe, Rechtsfragen des Konzernrabattes bei der Werbung, V 2, in Festschrift für Heymanns Verlag; Würdinger, WuW 1961, S. 747.

¹⁸ Vgl. auch Kartte, WuW 1963, S. 575, der bei § 1 GWB von einer Regelung der Marktverhältnisse und bei § 23 GWB von einer Regelung der Marktstruktur spricht.

rend ein Vertrag i.S. des § 1 oder der §§ 15 bis 21 GWB nur eine Wettbewerbsbeschränkung der Beteiligten oder einzelner von ihnen enthält, die sie lediglich in ihrem freien Marktverhalten einschränkt, im übrigen aber ihre wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit voraussetzt, bedeutet ein Zusammenschluß i.S. von § 23 GWB nicht nur eine Beschränkung des freien Marktverhaltens der Beteiligten oder zumindest eines Teiles von ihnen, sondern eine Aufgabe ihres selbständigen Unternehmensstandes¹⁹. Insofern regelt § 23 GWB einen anderen Fall als § 1 oder die §§ 15 bis 21 GWB. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften haben einen verschiedenen Inhalt. Folglich ist weder § 1 GWB oder eine der Vorschriften der §§ 15 bis 21 GWB *lex specialis* gegenüber § 23 GWB noch umgekehrt¹⁹.

Da Vereinbarungen im Rahmen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen oder Funktionsgemeinschaften, sei es im Gesellschaftsvertrag selbst oder in zusätzlichen Abreden, die Selbständigkeit der Gesellschafterunternehmen unangetastet lassen²⁰, sind allenfalls die §§ 1 oder 15 bis 21 GWB heranzuziehen, nicht aber § 23 GWB. Infolgedessen entfällt bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften auch grundsätzlich eine Meldepflicht i.S. von § 23 GWB²¹.

b) Anwendbarkeit von § 23 II Nr. 5 GWB

Umstritten ist allerdings die Frage, ob nicht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens²² zu einer Meldepflicht führt, falls einzelne Gesellschafterunternehmen den Tatbestand von § 23 II Nr. 5 GWB erfüllen. Dies könnte man dann annehmen, wenn unter § 23 II Nr. 5 GWB nicht nur der Erwerb von Anteilen bereits bestehender Unternehmen fällt, sondern auch der Erwerb von Anteilen *neu* errichteter Unternehmen²³. Eine derartige Auffassung steht jedoch schon in Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes. § 23 GWB geht von dem *Zusammenschluß* von Unternehmen aus²⁴ und zählt in Absatz 2 nur die Arten von Zusammenschlüssen auf, bei denen eine Meldepflicht bestehen soll. Dies war deshalb nötig, weil andere Arten von Zusammenschlüssen, wie Interessengemeinschaften oder eine einheitliche Unternehmensleitung, im Gegensatz zum Entwurf des GWB nicht mehr zu den meldepflichtigen Vorgängen gehören sollten²⁵. Schon rein begrifflich können sich nur bestehende Unternehmen »zusammenschließen«, nicht aber solche, die erst durch den Zusammenschluß geschaffen werden, wie es bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Fall ist. Für die Auffassung,

¹⁹ Würdinger, WuW 1961, S. 747; Quantz, S. 81/82.

²⁰ Vgl. S. 21.

²¹ Im Ergebnis ebenso: Rasch, WuW 1961, S. 82.

²² Funktionsgemeinschaften, die nur unternehmerische Teilaufgaben erfüllen, bilden keine eigenständige Markteinheit, so daß auch durch einen Zusammenschluß mit ihnen i. S. von § 23 II Nr. 5 GWB kein erhöhter Markteinfluß möglich und damit kein Konzentrationstatbestand erfüllt ist.

²³ So Frankf. Komm., § 23 GWB, Tz. 34; Goldmann, WuW 1963, S. 381.

²⁴ Bericht, S. 27.

²⁵ Bartholomeyczik in Gem. Komm., § 23 GWB, Rdz. 9.

daß in § 23 II Nr. 5 GWB nur der Erwerb von Anteilen bestehender Unternehmen gemeint ist, spricht weiterhin, daß nach Sinn und Zweck des § 23 GWB zumindest eines der beteiligten Unternehmen durch den »Zusammenschluß« seine Selbständigkeit einbüßen muß. Fallen aber Anteilserwerb und Neugründung eines Unternehmens, wie bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, zusammen, so kann seitens des Gemeinschaftsunternehmens keine Selbständigkeit gegenüber den Gesellschafterunternehmen aufgegeben werden, da eine solche nie bestand. Unter »Erwerb« i. S. des § 23 II Nr. 5 GWB ist infolgedessen ebenso wie in Nr. 2 und 3 nur ein abgeleiteter Erwerb und kein ursprünglicher zu verstehen. Andernfalls müßte auch die Neugründung eines Unternehmens durch ein einzelnes Unternehmen nach Nr. 2 meldepflichtig sein, da das Mutterunternehmen infolge der Gründung das Vermögen des Tochterunternehmens »erwirbt«. Eine solche Auffassung wird jedoch mit Recht nirgends vertreten. Ist aber unter »Erwerb« in Nr. 2 nur ein abgeleiteter zu verstehen, so kann auch in Nr. 5 kein anderer »Erwerb« gemeint sein, da sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Gesetzes ein Anhaltspunkt für eine verschiedene Auslegung des Erwerbsbegriffes im Rahmen des § 23 GWB ergibt. Selbst, wenn man der Auffassung ist, daß das Gesetz in § 23 II Nr. 5 GWB nur einen Zusammenschluß fingiert²⁶, ändert sich nichts an diesem Ergebnis. Einmal verliert auch in diesem Fall das Unternehmen, dessen Anteile erworben werden, einen Teil seiner Selbständigkeit, so daß es sich zumindest um einen Teil »zusammenschluß« handelt; zum anderen gilt diese Fiktion allenfalls für die Art des Zusammenschlusses, nicht aber für den Grundsatz von § 23 GWB, nach dem sich nur *bestehende* Unternehmen zusammenschließen können.

Bei der völligen Neugründung eines Unternehmens, gleich ob als Gemeinschaftsunternehmen, Funktionsgemeinschaft oder als Tochterunternehmen eines einzelnen Unternehmens, entfällt somit grundsätzlich für die einzelnen Gesellschafterunternehmen jede Meldepflicht²⁷.

c) Anwendbarkeit von § 23 II Nr. 5 GWB bei anteiligem Erwerb eines schon bestehenden Unternehmens

Der anteilige Erwerb an einem bestehenden Unternehmen dagegen begründet, auch wenn dieses Unternehmen als Gemeinschaftsunternehmen²⁸ fortgeführt wird, eine Meldepflicht nach § 23 GWB, falls bei den einzelnen Gesellschafterunternehmen die erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Bei einem derartigen Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich um eine Konzentration, durch die ein selbständiges Unternehmen in die Abhängigkeit anderer Unternehmen, der einzelnen Gesellschafterunternehmen, gebracht wird. Insofern unterscheidet

²⁶ Frankf. Komm., § 23 GWB, Tz. 10.

²⁷ Im Ergebnis ebenso: *Kartte*, WuW 1963, S. 575; ähnlich *Rincke*, JB 1964/65, S. 130; *Matthies*, WuW 1962, S. 334.

²⁸ Funktionsgemeinschaften scheiden auch hier von vornherein als nicht selbständige Markteinheiten aus der Betrachtung aus; vgl. auch Anm. 22.

sich dieser Fall in nichts von den übrigen Fällen der Konzentration, die in § 23 GWB erfaßt sind. Während bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein zusätzliches Unternehmen geschaffen wird, welches es bisher nicht gab, wird in diesem Fall ein schon bestehendes Unternehmen in Abhängigkeit gebracht und so der Markt um einen selbständigen Wettbewerber verringert.

Der Weg der kartellrechtlichen Untersuchung von Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften ist damit vorgezeichnet.

Der jeweilige Gesellschaftsvertrag, die typischen zusätzlichen Vereinbarungen und die Einzelabmachungen zwischen Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaft und einzelnen Gesellschafterunternehmen, soweit diese überhaupt dem GWB unterliegen, sind nach § 1 GWB oder §§ 15 bis 21 GWB auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften jeweils nach dem Kreis ihrer Beteiligten und ihrer Zielsetzung eingeteilt und die einzelnen Fallgruppen getrennt behandelt.

3. TEIL

Das Gemeinschaftsunternehmen im Verhältnis zum GWB

1. ABSCHNITT

Gesellschafter- und Gemeinschaftsunternehmen als Angehörige der gleichen Wirtschaftsbranche und -stufe

Ein Großteil aller Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen¹ wird zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsbranche und -stufe² abgeschlossen. Maßgebend dafür ist hauptsächlich die schon erwähnte Tatsache, daß die Rationalisierung und die Furcht vor der Konkurrenz der Großbetriebe mit die entscheidendsten Gründe sind, die zu solchen Gemeinschaftsunternehmen führen. Rationalisierung und Abwehr einer mächtigen Konkurrenz durch ein gesteigertes Angebot oder sonstige Mittel sind aber meist nur Unternehmen derselben Wirtschaftsbranche und -stufe möglich. Auch ergibt sich die Notwendigkeit dieser Mittel am ehesten für Unternehmen mit gleicher wirtschaftlicher Tätigkeit.

Innerhalb dieser Beteiligungszusammensetzung sind zwei Möglichkeiten denkbar.

Zunächst können die Beteiligten in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Dies setzt voraus, daß sie sich auf einem gemeinsamen Markt begegnen³, der räumlich, gegenständlich und zeitlich abgegrenzt ist⁴.

Ein solcher einheitlicher Markt setzt allerdings nicht voraus, daß seine Mitglieder die gleichen Waren herstellen oder die gleichen gewerblichen Leistungen erbringen, sondern es genügt, wenn diese marktgleichwertig sind. Eine solche Marktgleichwertigkeit besteht dann, wenn die betreffenden Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen bei gleichzeitigem Angebot auf demselben räumlichen Markt sich untereinander, besonders im Preis, fühlbar beeinflussen können, weil die Marktgegenseite diese Waren oder gewerblichen Leistungen als Deckung für einen bestimmten Bedarf miteinander abwägend vergleicht⁵. Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen. Infolgedessen ist es auch möglich, daß sich Angehörige der gleichen

¹ Zur Definition vgl. S. 22.

² Die verschiedenen Wirtschaftsstufen sind: Erzeuger, Groß- und Einzelhandel.

³ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 21.

⁴ *Bartholomeyczik* in Gem. Komm., § 22 GWB, Rdz. 18, 30, 31; *Borchardt-Fikentscher*, S. 53.

⁵ *Bartholomeyczik* in Gem. Komm., § 22 GWB, Rdz. 29; teilweise auch als funktionelle Austauschbarkeit bezeichnet; *Barnickel*, WuW 1961, S. 254; *Schwenk*, WuW 1960, S. 9; *Günther*, Relevanter Markt, S. 16, 23.

Wirtschaftsbranche nicht auf einem gemeinsamen Markt befinden und damit untereinander keine Wettbewerber sind.

Folgendes Beispiel möge dies verdeutlichen: Ein Automobilunternehmen stellt nur Pkw's der Klasse bis 1200 ccm her, während ein anderes solche über 2000 ccm produziert. Beide Unternehmen gehören zwar der Automobilbranche an, stehen jedoch mit ihren Erzeugnissen in keinem Wettbewerbsverhältnis. Denn der Käufer eines Pkw über 2000 ccm vergleicht bei der Anschaffung eines Pkw dieser Größenklasse die Angebote beider Unternehmen nicht abwägend miteinander. Während in diesem Fall überhaupt kein Wettbewerbsverhältnis, zumindest auf der Anbieterseite, besteht, ist es auch möglich, daß nur zum Teil ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, wenn beispielsweise ein Teil der Erzeugnisse der einzelnen Unternehmen marktgleichwertig ist.

Der Begriff »Branche« oder »Wirtschaftszweig« enthält infolgedessen nur eine allgemeine Gattungsbezeichnung und ist nicht mit gleicher Marktzugehörigkeit identisch. Innerhalb dieser Alternative bestehen wiederum mehrere Möglichkeiten:

Das Gemeinschaftsunternehmen wird in gleicher Weise wie die Gesellschafterunternehmen oder ein Teil von diesen tätig, indem es beispielsweise die gleichen Erzeugnisse herstellt.

Das Gemeinschaftsunternehmen übernimmt die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschafterunternehmen oder einiger von ihnen, während diese die betreffende Tätigkeit nicht mehr ausüben.

Das Gemeinschaftsunternehmen betätigt sich innerhalb der gleichen Branche wie die Gesellschafterunternehmen völlig neu, indem es beispielsweise Erzeugnisse herstellt, die von keinem der Gesellschafterunternehmen produziert werden.

Entsprechend diesen verschiedenen Möglichkeiten soll im Rahmen dieses ersten Abschnittes die kartellrechtliche Untersuchung erfolgen.

I. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis stehen

A. Gemeinschaftsunternehmen, die in gleicher Weise wie die Gesellschafterunternehmen oder ein Teil von ihnen tätig werden oder diese Tätigkeit übernehmen

Folgender Beispielsfall möge die Gründung und den Betrieb eines derartigen Gemeinschaftsunternehmens verdeutlichen:

Mehrere Hersteller von Haushaltskühlschränken gründen in Form einer OHG ein neues Unternehmen; im ersten Fall erzeugt es die gleichen Kühlschränke wie seine Gesellschafterunternehmen, da deren Kapazität ausgelastet ist und die Gründung eines neuen Werkes für ein einzelnes Unternehmen zu kostspielig ist. Im zweiten Fall soll dieses Gemeinschaftsunternehmen lediglich einen bestimmten Kühlschranktyp unter Zusammenfassung der Erfahrung aller Gesellschafterunternehmen weiterentwickeln und herstellen, den die Gesellschafterunternehmen bisher erzeugten und dessen Produktion sie nunmehr aufgeben.

Diese beiden Fälle sind in ihrer kartellrechtlichen Problematik so eng verbunden, daß sie gemeinsam zu behandeln sind.

1. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Gründungsvereinbarung

Die wesentlichste Bestimmung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages eines *neu* gegründeten Gemeinschaftsunternehmens enthält die Gründungsvereinbarung. Die Regelung der Rechtsform, der Firmenbezeichnung und des Sitzes des neuen Unternehmens machen dies deutlich⁶.

Damit entsteht die Frage, ob und inwieweit auf die bloße Vereinbarung der Neugründung eines Unternehmens durch andere Unternehmen § 1 GWB anzuwenden ist.

Erwerben dagegen mehrere Unternehmen unabhängig voneinander und ohne dahingehende Absprachen anteilig ein schon bestehendes Unternehmen, so kann zwar gemäß § 23 GWB eine Anmeldepflicht bestehen⁷, § 1 GWB ist jedoch von vornherein auf den Erwerbsakt nicht anwendbar, da zwischen den beteiligten Unternehmen keine vertragliche Abrede besteht. Vereinbaren jedoch die betreffenden Unternehmen, gemeinsam ein bestehendes Unternehmen zu erwerben und weiterzuführen, so ist diese Abrede nichts anderes als die Gründungsvereinbarung eines Gemeinschaftsunternehmens und wie diese kartellrechtlich zu behandeln.

a) Vertrag zwischen Unternehmen i. S. von § 1 GWB

§ 1 GWB setzt voraus, daß es sich um einen Vertrag zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck handelt, der geeignet ist, die Marktverhältnisse durch eine Beschränkung des Wettbewerbes zu beeinflussen. Die Beschränkung des § 1 GWB⁸ auf Verträge zwischen selbständigen Unternehmen⁹ besitzt weder für die Gründungs- noch für die sonstigen Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit der Gründung und dem Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens zwischen den Gesellschafterunternehmen abgeschlossen werden, eine Bedeutung. Entsprechend der Definition des Gemeinschaftsunternehmens¹⁰ sind seine Gesellschafter untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen, so daß alle Vereinbarungen zwischen den Beteiligten Verträge zwischen Unternehmen i. S. von § 1 GWB sind.

b) Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck

Ein Vertrag zwischen Unternehmen unterliegt aber nur dann § 1 GWB, wenn er zu einem *gemeinsamen* Zweck abgeschlossen wird. Damit entsteht die Frage, ob im Rahmen des § 1 GWB die einzelnen Verträge oder Vereinbarungen ge-

⁶ Vgl. das Musterbeispiel bei *Benisch*, Kooperationsfibel, S. 164.

⁷ Vgl. S. 39.

⁸ Das gleiche gilt für die §§ 15 bis 21 GWB mit Ausnahme der §§ 20, 21 GWB.

⁹ Vgl. S. 33 und Anm. 3.

¹⁰ Vgl. S. 22.

sellschaftsrechtlichen Charakter haben müssen, oder, ob auch sonstige Verträge genügen. In jedem Falle umfaßt § 1 GWB nicht nur die BGB-Gesellschaft, sondern zumindest *alle gesellschaftlichen Organisationsformen*¹¹.

Die gemeinsame Beteiligung verschiedener Unternehmen an einem Gemeinschaftsunternehmen kann sich – wie schon angedeutet – nur im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses abwickeln. Der dem Gesellschaftsrecht entnommene Begriff des gemeinsamen Zweckes¹² ist somit bei allen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen und solchen, die dem Gesellschaftszweck dienen, grundsätzlich immer vorhanden¹³. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind jedoch denkbar. Im Einzelfall kann auch einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung ebenso wie sonstigen Vereinbarungen kein gemeinsamer Zweck zugrunde liegen¹⁴. Dann sind nicht § 1 GWB, sondern allenfalls die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar. Regelmäßig sind jedoch alle gesellschaftsvertraglichen Abreden zwischen den Gesellschafterunternehmen zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen, so daß sich eine ausdrückliche Feststellung meist erübrigt. Eine solche ist nur dann notwendig, wenn es zweifelhaft ist, ob der betreffenden Vereinbarung ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt. Die Gründungsvereinbarung beinhaltet in jedem Fall einen gemeinsamen Zweck i. S. von § 1 GWB.

c) Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Ein Vertrag zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck fällt nur dann unter § 1 GWB, wenn er geeignet ist, die Marktverhältnisse durch eine Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen.

aa) Erste Voraussetzung ist somit, daß der betreffende Vertrag eine Wettbewerbsbeschränkung enthält. Um dies festzustellen, ist zunächst der Begriff »Wettbewerb« zu bestimmen. Obgleich zahlreiches Schrifttum dazu vorliegt, fehlt es bislang an einer endgültigen Definition. Der Begriff »Wettbewerb« läßt sich – die verschiedenen Meinungen und Stellungnahmen auf einen Nenner gebracht – in etwa als das Bestreben bestimmen, durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen zu Geschäftsabschlüssen mit der Marktgegenseite, sei es die Nachfrage-, sei es die Anbietermacht, zu kommen¹⁵. Dieses Bestreben wird in den verschiedenen Markt- und Wettbewerbshandlungen der einzelnen sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussenden Unternehmen sichtbar¹⁶.

¹¹ Held, S. 26; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 18.

¹² Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 15.

¹³ Die Frage, ob sich dieser gemeinsame Zweck i. S. von § 1 GWB auch auf eine Beschränkung des Wettbewerbes beziehen muß, erlangt erst dann Bedeutung, wenn feststeht, daß im Einzelfall die betreffende Vereinbarung objektiv eine Wettbewerbsbeschränkung enthält.

¹⁴ Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1071.

¹⁵ Borchardt-Fikentscher, S. 15; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz 20; Langen, GWB, § 1 GWB, Rdz. 43 bis 45; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 19.

¹⁶ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 29.

Der Wettbewerbsbegriff i. S. von § 1 GWB ist folglich marktbezogen und erfaßt nur solche Maßnahmen, die sich auf die Beziehungen mit den Partnern der Marktgegenseite erstrecken¹⁷.

Verpflichtet sich ein Unternehmen, Handlungen, die diesem Bestreben dienen, völlig zu unterlassen oder einzuschränken, d. h. nicht so vorzunehmen, wie sie ohne die betreffende Vereinbarung erfolgt wären, so liegt darin die Eingehung einer Wettbewerbsbeschränkung¹⁸.

Nach einer neueren und mehr auf das Spannungsverhältnis zur Marktgegenseite als auf die Handlungsfreiheit abgestellten Begriffsbestimmung des Wettbewerbs liegt eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann vor, wenn die einzelnen Unternehmen die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für sie aus der Wahlmöglichkeit ihrer jeweiligen Marktpartner unter verschiedenen Unternehmen des betreffenden Marktes ergeben, ausschließen oder einschränken¹⁹.

bb) Eine solche *formale* Wettbewerbsbeschränkung²⁰ liegt somit nur dann vor, wenn Unternehmen durch vertragliche Vereinbarungen ihre Freiheit, sich auf ihrem jeweiligen Markt unbehindert zu betätigen, einschränken²¹, oder freiwillig die Chancen, die sich aus der Wahlmöglichkeit ihrer jeweiligen Marktgegenseite für sie ergeben, ausschließen oder beschränken²².

cc) Auf die Gründungsvereinbarung bezogen, bedeutet dies, daß darin nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB liegt, wenn die beteiligten Unternehmen *allein* durch die Abrede, ein neues Unternehmen innerhalb desselben Marktes zu schaffen, auf dem auch sie tätig sind, oder ein anteilig erworbenes Unternehmen als Gemeinschaftsunternehmen fortzuführen, ihre eigene Freiheit, selbst auf diesem Markt tätig zu sein, begrenzt oder die Chancen, Gefahren oder Erfordernisse, die sich aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben, eingeschränkt hätten.

Mit der Neugründung eines Unternehmens, das die gleichen Produkte wie die gründenden Unternehmen herstellt und diese mittels einer eigenen Vertriebsorganisation absetzt – was bei Gemeinschaftsunternehmen die Regel ist – verringern die Gesellschafterunternehmen scheinbar zwar ihre eigenen Marktchancen, da ihre Marktgegenseite nunmehr sowohl unter mehr Erzeugnissen als auch beispielsweise unter mehr Rohstoffabnehmern wählen kann. Infolgedessen wird der Wettbewerb auf diesem Markt verstärkt und für die Gründerunternehmen schwieriger. Eine Beschränkung der eigenen Handlungsfreiheit liegt darin jedoch ebenso wenig wie eine Beschränkung der Chancen, Gefahren oder Erfordernisse, die sich für die Beteiligten aus den Wahlmöglichkeiten ihrer Marktgegenseite ergeben. Letztere

¹⁷ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 20; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 25; Ottel, WuW 1964, S. 933; v. d. Groeben, WuW 1964, S. 1008.

¹⁸ Borchardt-Fikentscher, S. 29; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 47.

¹⁹ Knöpfle, WuW 1962, S. 174.

²⁰ So Borchardt-Fikentscher, S. 27.

²¹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 29; Benisch, WuW 1960, S. 842, 843; 1961, S. 764, 766; Strickerodt, S. 31, 37; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 26.

²² Eine ausführliche Behandlung des Wettbewerbsbegriffes ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, ebenso wenig eine Stellungnahme zu den einzelnen Meinungen; deshalb wird im folgenden von den beiden angeführten Wettbewerbsbegriffen ausgegangen.

werden dadurch allenfalls erschwert, die eigenen Chancen aber nicht durch eine Selbstbeschränkung verringert. Vereinbarungen, die zu einer *Verstärkung* des Wettbewerbs führen, können niemals eine *Beschränkung* des Wettbewerbes darstellen. Demnach fällt nur eine Chancenverringerung durch Eigenbeschränkung, nicht aber durch eine Verstärkung des Außenwettbewerbes unter § 1 GWB oder die übrigen Bestimmungen des GWB.

Auch in der bloßen Vereinbarung, ein anteilig erworbenes Unternehmen in Form eines Gemeinschaftsunternehmens weiterzuführen, liegt somit keine Beschränkung des Wettbewerbes unter den Beteiligten.

Übernimmt dagegen das gegründete Gemeinschaftsunternehmen die wirtschaftliche Tätigkeit der Beteiligten, indem es etwa die von diesen bisher erzeugten Produkte herstellt, so enthält die Vereinbarung, ein solches Unternehmen zu gründen, ebenfalls keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB. Die bloße Gründungsvereinbarung beschränkt weder die Handlungsfreiheit noch die Chancen, Gefahren oder Erfordernisse bei den betreffenden Gesellschafterunternehmen²³.

Die Vereinbarung, ein neues Unternehmen zu gründen oder ein anteilig erworbenes Unternehmen gemeinsam fortzuführen, ist infolgedessen *für sich betrachtet* kartellrechtlich unerheblich. Sie fällt weder unter § 1 GWB noch unter die §§ 15 bis 21 GWB, da auf sie als einer Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck ohnehin nur § 1 GWB anwendbar ist²⁴.

d) Wettbewerbsbeschränkende Folgen als Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB

Auf Grund der gemeinsamen Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen kann sich im Einzelfall ergeben, daß die Gesellschafterunternehmen auf die wirtschaftliche Entwicklung des Gemeinschaftsunternehmens Rücksicht nehmen. So kann es vorkommen, daß sie beispielsweise die Preise ihrer Erzeugnisse nach denen des Gemeinschaftsunternehmens ausrichten, diesem einen gewissen örtlichen Markt ausschließlich überlassen oder von wirtschaftlichen Betätigungen Abstand nehmen, die das Gemeinschaftsunternehmen ausübt. Ebenso ist es möglich, daß die einzelnen Gesellschafterunternehmen auf Grund ihrer gesellschaftlichen Verbindung auch untereinander solche Rücksichten nehmen. In allen diesen Fällen beschränken sie den Wettbewerb untereinander²⁵, ohne daß sie dies ausdrücklich vereinbart hätten.

²³ Vereinbarungen über die Einschränkung oder Unterlassung der früheren Tätigkeit interessieren an dieser Stelle noch nicht; sie werden später erörtert.

²⁴ Vgl. S. 36/37.

²⁵ Schon aus diesem Grunde soll nach *Rinck*, JB 1964/65, S. 131, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens unzulässig sein; ähnlich *Markert* im Anschluß an die amerikanische Rechtsprechung zum Antitrustrecht; vgl. *Markert*, AWD BB 1964, S. 241 (Penn-Olin); ebenso *Matthies* im Anschluß an die Behandlung der Gemeinschaftsunternehmen durch die Hohe Behörde, allerdings wiederum einschränkend im Hinblick auf das GWB; vgl. *Matthies*, Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, S. 319 und 342.

Dieses wettbewerbsbeschränkende Verhalten wird vielmehr als *Folge* der Gründungsvereinbarung eines Gemeinschaftsunternehmens ausgeübt. Weder im Gesellschaftsvertrag noch in zusätzlichen Vereinbarungen wird ein derartiges Verhalten festgelegt. Andererseits würde ohne die gesellschaftliche Bindung keine solche »stillschweigende« Beschränkung des Wettbewerbs erfolgen. Infolgedessen entsteht zwangsläufig die Frage, ob es zur Anwendung von § 1 GWB genügt, daß eine ihrem Inhalt und Gegenstand nach wettbewerbsneutrale Vereinbarung *faktisch* zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, oder, ob es erforderlich ist, daß die Vereinbarung ihrem *abstrakten* Inhalt und Gegenstand nach eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

aa) Die Lösung dieser Frage muß zunächst vom Wortlaut des Gesetzes her versucht werden²⁶. § 1 GWB spricht von Verträgen, die geeignet sind, die Marktverhältnisse mittels einer Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen. Er lautet nicht, daß Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten, unwirksam sind, soweit sie geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Dem Wortlaut nach genügt es, wenn die Verträge oder Vereinbarungen geeignet sind, durch eine Wettbewerbsbeschränkung die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Es können aber auch solche Verträge geeignet sein, durch Beschränkung des Wettbewerbes eine Marktbeeinflussung herbeizuführen, deren Eignung sich nicht aus dem Inhalt, sondern lediglich aus der Auswirkung des Vertrages ergibt. Die Wortinterpretation von § 1 GWB würde demnach die weite Auslegung in dem Sinne, daß auch die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Vereinbarung genügen, zulassen²⁷, zumindest aber nicht für die engere Auslegung sprechen.

bb) Zur Überprüfung und möglicherweise zur Berichtigung des aus der Wortinterpretation gewonnenen Auslegungsergebnisses muß aber gerade bei Gesetzesformulierungen, in denen eine in der vorgesehlichen Diskussion umstrittene Frage²⁸ keine *eindeutige* Regelung gefunden hat, eine über die reine Wortinterpretation hinausgehende Auslegung hinzutreten. Dazu kommt, daß es sich bei § 1 GWB um einen generalklauselartig weit gefaßten Tatbestand handelt. Solche Vorschriften sind aber besonders auf eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung hin zu überprüfen²⁹.

Das Ziel jeder über die reine Wortinterpretation hinausgehenden Auslegung ist die Erkenntnis des als maßgeblich zu betrachtenden *normativen* Gesetzessinnes. Sie muß infolgedessen die betreffende Gesetzesvorschrift als »objektivierten allgemeinen Rechtswillen« verstehen³⁰. Maßgebend für sie ist die *rechtspolitische Zwecksetzung* als »objektive Bestimmung einer permanenten Aufgabe des Gesetzes als Rechtsregelung in der konkreten Entscheidung«³¹.

²⁶ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 18, 36; Lehmann, AT, S. 54; Larenz, Methodenlehre, S. 243.

²⁷ Benisch, WuW 1958, S. 272; Gleichmann, WRP 1959, S. 168; Maul, S. 72.

²⁸ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 31.

²⁹ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 69.

³⁰ Larenz, Methodenlehre, S. 239; Lehmann, AT, S. 55.

³¹ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 46.

aaa) Als erste Erkenntnisquelle der rechtspolitischen Zwecksetzung kommt grundsätzlich die Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschrift in Betracht³².

Für die vorliegende Frage können in erster Linie die Ausführungen des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages herangezogen werden, in dem das GWB beraten wurde. In diesem Ausschuß war im Zusammenhang mit dem Problem, ob Einkaufsgenossenschaften, die keine ausdrücklichen Bezugspflichten vereinbart haben, dem Kartellrecht unterliegen, die Frage der ausdrücklich vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen erörtert worden. Man kam dabei zu dem Ergebnis, daß ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der nicht durch Vertrag oder Beschluß Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet, nicht unter § 1 GWB fällt³³.

Damit ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte der wichtige Hinweis, daß es der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB entspricht, nur solche Vereinbarungen für unwirksam zu erklären, die ihrem abstrakten Inhalt nach eine Bindung zu einem wettbewerbsbeschränkenden Marktverhalten enthalten.

Das Verbot des § 1 GWB darf demnach dann nicht eingreifen, wenn die vertragliche Verpflichtung selbst keine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt hat, sondern sich lediglich als solche auswirkt oder auswirken kann³⁴.

Dieses Auslegungsergebnis aus der Entstehungsgeschichte kann jedoch nur dann berücksichtigt werden, wenn es im Gesetzeswortlaut einen, »sei es auch noch so unvollkommenen, aber immerhin erkennbaren Ausdruck gefunden hat«³⁵.

Wie bereits erörtert, ist ein solcher dem Wortlaut des § 1 GWB nur schwerlich zu entnehmen. Dafür ist im Wortlaut des § 5 GWB, der eine Ausnahme von § 1 GWB regelt und diesen daher voraussetzt, ein Hinweis auf eine derartige einschränkende Auslegung von § 1 GWB enthalten. Durch die Hinzufügung »Syndikate« in Absatz III dieser Vorschrift wird verdeutlicht, daß nur solche Vertriebs- und Beschaffungseinrichtungen unter § 1 GWB fallen, die eine Verpflichtung zu ausschließlichem Bezug oder Vertrieb enthalten, da solche Ausschließlichkeitsverpflichtungen eines der typischsten Merkmale eines Syndikates sind³⁶. Damit ergibt sich aus dem Wortlaut von § 5 GWB, der insofern § 1 GWB erläutert, daß § 1 GWB nur Verträge meint, die *selbst* eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten

³² Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 52.

³³ Bericht, S. 15.

³⁴ So die h.M.: Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 31; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 28; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 7, 26; Mayer-Wegelin, § 1 GWB, Anm. 1; Sölter, S. 58; Benisch, WuW 1958, S. 272; Lieberknecht, MA 1958, S. 231; Krahe, WuW 1959, S. 619; Biedenkopf, BB 1959, S. 1108; Ulmer, WuW 1962, S. 3, Anm. 4; Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 178, Rdnr. 619; neuerdings auch das BKartA, wie aus seinen Briefen vom 8./9. 2. und 27./28. 3. 1962 hervorgeht, s. WuW 1963, S. 431; auch der BGH, Betr. 1963, S. 337, wo ausgeführt wird, daß der Inhalt des Vertrages *objektiv* geeignet sein muß, die Marktverhältnisse durch eine Beschränkung des Wettbewerbes zu beeinflussen; a.M.: Fikentscher, WuW/E BGH 367, dagegen im Sinne der h.M. in WuW 1960, S. 681; Lukes, S. 123 ff, 132, 299, 302; Gabriel, MA 1960, S. 247; Hirner, S. 24.

³⁵ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 53; BVerfG I/312.

³⁶ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 31; Deringer in Gem. Komm., § 5 GWB, Rdz. 96, 97; Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 195, Rdnr. 675.

und bloße wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen wettbewerbsneutraler Vereinbarungen nicht genügen läßt.

bbb) Für dieses Ergebnis spricht entscheidend auch eine weitere systematische Auslegung von § 1 GWB. Neben dem Hinweis in § 5 GWB ergibt sich dies aus einem Vergleich mit § 25 GWB. Nach dieser Vorschrift ist die Veranlassung eines Verhaltens, welches nach den Vorschriften des GWB nicht zum *Gegenstand* einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, untersagt. Eine der damit gemeinten Vorschriften ist auch § 1 GWB. Der Gesetzgeber macht folglich selbst einen Unterschied zwischen einem rein tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Verhalten und einem solchen, welches auf einer vertraglichen Bindung beruht. Das erste soll nur bei einer Veranlassung unter den besonderen Voraussetzungen des § 25 GWB untersagt sein, das zweite nur, wenn es *Gegenstand* und nicht bloße Folge oder Auswirkung der vertraglichen Bindung ist.

cc) Die Folge einer anderen Auslegung wäre zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Eine mögliche Gefährdung der Rechtssicherheit ist aber bei der Auslegung einer Gesetzesvorschrift besonders zu beachten, da der Grundsatz der Rechtssicherheit ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist³⁷.

Eine solche Gefährdung liegt auch dann vor, wenn der einzelne Vertrag nicht mehr nach seinem abstrakten Inhalt, sondern lediglich nach seinen möglichen Auswirkungen im Einzelfall beurteilt wird und sich die Beteiligten daher stets in einer ungewissen Rechtslage befinden³⁸. Denn in diesen Fällen ist es meist nicht feststellbar, ob die tatsächlich eintretenden Beschränkungen des Wettbewerbes auf Grund des Vertrages oder einer Beeinflussung, die davon ausgeht³⁹, oder auf Grund völlig selbständiger Entscheidung der einzelnen Vertragspartner erfolgen. Der letztgenannte Fall zieht aber die Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB nicht nach sich, da die Entscheidungsfreiheit der einzelnen Beteiligten hierbei weder unmittelbar noch mittelbar durch eine vertragliche Bindung eingeschränkt wird. Insofern ist auch im Interesse der Rechtssicherheit der uferlosen Anwendung von § 1 GWB eine Grenze zu ziehen.

dd) Eine andere Auslegung des § 1 GWB im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens würde zudem zu eigenartigen Ergebnissen führen. So dürften beispielsweise zwei Unternehmen, die kein Gemeinschaftsunternehmen gegründet haben, ihre Preise angleichen oder eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit einstellen, soweit es keinen Vertrag zwischen beiden gibt, in dessen Folge sie diese Wettbewerbsbeschränkungen vornehmen. Zwei Unternehmen aber, die ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet haben und das gleiche tun, müßten *allein* wegen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens, das mit der Preisangleichung möglicherweise in keinerlei Beziehung steht, ihr Gemeinschaftsunternehmen wieder auflösen, da die Gründungsvereinbarung gemäß § 1 GWB unwirksam wäre. Ihre Preisangleichung könnten sie jedoch grundsätzlich beibehalten, da

³⁷ BVerwG, NJW 1962, S. 360; v. Mangoldt-Klein, S. 601; für das GWB: Steindorff, S. 63.

³⁸ Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 28; Westermann, S. 24; Sölter, S. 57; Kartte, Volksw. 1964, S. 356.

³⁹ Dies soll nach Maul, S. 75, genügen.

es nunmehr keinen Vertrag gibt, auf dem sie beruhen kann. Das, was verhindert werden soll, nämlich die Preisangleichung, würde so in den meisten Fällen gerade nicht vermieden. Denn selbst wenn derartige Unternehmen ein Oligopol^{39a} bilden, würden ihre Preisbeschränkungen, sofern sie nicht auf einer vertraglichen Abmachung beruhen, nicht unter das Verbotssystem des § 1 GWB, sondern allenfalls unter die eingeschränkte Mißbrauchsaufsicht des § 22 GWB fallen.

Durch das hier gewonnene Auslegungsergebnis wird auch nicht die subjektive Theorie, die eine wettbewerbsbeschränkende oder marktbeeinflussende Absicht erfordert, wieder eingeführt⁴⁰. Zwischen der Forderung, daß der objektive Vertragsinhalt abstrakt eine Wettbewerbsbeschränkung zum *Gegenstand* haben und der, daß eine wettbewerbsbeschränkende oder marktbeeinflussende Absicht der Vertragsparteien vorhanden sein muß, besteht ein großer Unterschied⁴¹. Man denke nur daran, daß es den Parteien bei einem solchen Vertrag nicht auf eine Wettbewerbsbeschränkung ankommt, sondern ein anderer Vertragsteil wichtig ist, oder, daß nur *eine* der Parteien eine solche Absicht besitzt. In beiden Fällen läge nach der hier vertretenen Auffassung § 1 GWB vor, während dies nach der subjektiven Theorie nicht der Fall wäre. Schon daraus ergibt sich, daß der oben erwähnte Vorwurf dem hier gewonnenen Auslegungsergebnis nicht entgegengehalten werden kann.

ee) Aber selbst wenn man vom Zweck des GWB her eine weite Auslegung von § 1 GWB für wünschenswert hält und in der hier vertretenen Auffassung eine Gefahr für den freien Wettbewerb sieht⁴², kann eine Gleichstellung von vertraglichen und tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus einem wettbewerbsneutralen Vertrag ergeben können, nicht befriedigen. Eine solche Gleichstellung verbietet schon die Tatsache, daß infolge nicht vertraglicher Festlegung eine solche Beschränkung des Wettbewerbs lediglich entstehen *kann*, es also *allein* von der Entscheidung der einzelnen Vertragspartner abhängt, ob es dazu kommt. Die Freiheit, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu treffen, besteht jedoch immer und ist nicht an Verträge gebunden, die lediglich die Möglichkeit eröffnen, solche Entscheidungen zu treffen. Die Gefahr für den freien Wettbewerb ist infolgedessen in beiden Fällen verschieden und rechtfertigt somit auch keine Gleichstellung.

ff) Hinzu kommt in den meisten Fällen die besondere Schwierigkeit, zu beweisen, daß infolge einer wettbewerbsneutralen Vereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbes möglich ist. Diese unpraktikable Beweisführung spricht zudem gegen eine weite Auslegung von § 1 GWB in dieser Frage.

Als Ergebnis steht somit fest, daß nur solche Vereinbarungen, die ihrem Gegenstand und abstrakten Inhalt nach eine formale Wettbewerbsbeschränkung enthalten, dem Kartellverbot von § 1 GWB unterliegen.

Die Vereinbarung, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen oder ein bestehendes Unternehmen in dieser Form weiterzuführen, besitzt einen solchen Inhalt

^{39a} Vgl. dazu *Bartholomeyczik* in Gem. Komm., § 22 GWB, Rdz. 59.

⁴⁰ Dies wird z.T. gegen die hier vertretene Auffassung vorgebracht; s. *Hirner*, S. 25.

⁴¹ So auch *Westermann*, S. 24.

⁴² So *Markert*, AWD/BB 1964, S. 243.

jedoch nicht. Folglich sind auch etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen kartellrechtlich unerheblich und nicht geeignet, eine Unwirksamkeit der Gründungsvereinbarung gemäß § 1 GWB herbeizuführen.

2. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung von Beitragspflichten

a) Notwendigkeit von Beitragsvereinbarungen

Zum Wesen der meisten Gesellschaftsgründungen gehört die Festlegung von Beitragspflichten zwischen den Gesellschaftern. Erst auf Grund dieser Beiträge, seien es Kapital- oder sonstige Sacheinlagen, ist das neue Unternehmen in der Lage, seine wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen.

Auch bei dem gemeinsamen Erwerb eines bestehenden Unternehmens kann sich im Einzelfall die Notwendigkeit ergeben, mit Hilfe von Beiträgen der Gesellschafterunternehmen das erworbene Unternehmen wieder ertragfähig zu machen.

b) Verpflichtung zur Entrichtung von Kapitalbeiträgen

In erster Linie ist es die Entrichtung von Kapitalbeiträgen, zu der sich die Gesellschafterunternehmen verpflichten.

Wiederum entsteht die Frage, ob eine solche Vereinbarung kartellrechtlich zulässig ist. Sie ist es nicht, wenn sie eine wettbewerbsbeschränkende Verpflichtung darstellt, die geeignet ist, den Markt zu beeinflussen. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung liegt nur dann vor, wenn sich die Gesellschafterunternehmen durch die Vereinbarung von Beiträgen verpflichten würden, ihre Freiheit, sich auf dem Markt zu betätigen oder gewisse Markt- und Wettbewerbshandlungen vorzunehmen, einzuschränken⁴³.

Verpflichtet sich ein Unternehmen, bestimmte Geldsummen in ein anderes Unternehmen einzubringen oder bestimmte Kapitalanteile zu übernehmen, so berührt dies grundsätzlich sein eigenes Wettbewerbsverhalten nicht. Das betreffende Gesellschafterunternehmen wird dadurch zunächst nicht gehindert, alle Handlungen vorzunehmen, die es für erforderlich hält, um innerhalb seines Marktes alle anderen Mitbewerber zu übertreffen und selbst möglichst günstige Geschäftsabschlüsse zu erzielen. Ebenso wenig werden dadurch die Chancen, Gefahren und wirtschaftlichen Erfordernisse eingeschränkt, die sich aus den Wahlmöglichkeiten der Marktpartner ergeben.

Es ist allerdings auch denkbar, daß das betreffende Gesellschafterunternehmen durch eine derartige Verpflichtung die Möglichkeit verliert, diese Summen in den eigenen Betrieb zu investieren, um damit mehr und billiger zu erzeugen und so seine Wettbewerbsfähigkeit durch günstigere Angebote steigern zu können. In einem solchen Fall hat die Vereinbarung von Beiträgen zumindest wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen.

⁴³ Vgl. die Erörterungen zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung auf S. 44, 45.

Damit entsteht die Frage, inwieweit derartige Verpflichtungen unter diesem Gesichtspunkt eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB darstellen. Denn zumindest theoretisch besteht die Möglichkeit, daß bei einzelnen Gesellschafterunternehmen Investitionen unterbleiben und die Beitragsverpflichtung damit zu einer Produktionsbeschränkung führt.

Bei der Anwendung von § 1 GWB sind jedoch zwei wesentliche Einschränkungen vorzunehmen. Wie bereits erörtert⁴⁴, fallen unter das Kartellverbot des § 1 GWB nur solche Vereinbarungen, die ihrem abstrakten Inhalt oder ihrem Gegenstand nach geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkungen zu beeinflussen. Ist eine Vereinbarung ihrem Inhalt oder Wesen nach dazu nicht geeignet, so liegt auch dann kein Fall des § 1 GWB vor, wenn sich im Einzelfall auf Grund dieser Vereinbarung oder in ihrer Folge eine Beschränkung des Wettbewerbes bei den Beteiligten ergibt.

Weiterhin muß sich die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB auf den Markt beziehen⁴⁵. Wie schon aus dem Wortlaut des § 1 GWB hervorgeht, fällt nicht jede Wettbewerbsbeschränkung unter den Tatbestand des § 1 GWB, sondern nur eine solche, die zunächst *abstrakt* geeignet ist, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen zu beeinflussen. Andernfalls wäre diese tatbestandliche Einschränkung überflüssig und ohne Bedeutung. Infolgedessen muß eine *unmittelbare* Beziehung zwischen einer vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung und der abstrakten Eignung zur Marktbeeinflussung gegeben sein, um von einer Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB sprechen zu können. Eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beteiligten, die sich nur mittelbar auf deren Marktverhalten, also auf die Geschäfte mit den Partnern der Marktgegenseite bezieht, stellt keinen Verstoß gegen § 1 GWB dar. Dies ergibt sich einmal aus den im Rahmen der amtlichen Begründung gegebenen Beispiele für wettbewerbsbeschränkende Abreden⁴⁶; zum anderen spricht für diese Auslegung, daß § 1 GWB das Grundrecht der Vertragsfreiheit zugunsten des marktbezogenen Wettbewerbes einschränkt, und folglich als grundrechtseinschränkende Vorschrift schon aus diesem Grunde eng auszulegen und nur bei unmittelbaren Angriffen auf seinen Schutzzweck heranzuziehen ist⁴⁷. Sonst ließe sich in allzu vielen Fällen ein mittelbarer Angriff konstruieren und damit eine Grundrechtseinschränkung herbeiführen⁴⁸.

⁴⁴ Vgl. S. 50.

⁴⁵ Teilweise als abstrakte Marktbezogenheit im Gegensatz zur konkreten Marktbezogenheit (Marktbeflussung) bezeichnet; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 52; Langen, GWB, § 1 GWB, Rdz. 57; den Gegensatz hierzu bilden Beschränkungen, die sich auf nicht marktbezogene oder »innerbetriebliche« Maßnahmen der beteiligten Unternehmen beziehen; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 20/21; Schmitz, NJW 1961, S. 2092; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 25.

⁴⁶ Bericht, S. 15; Kooperationsfibel des BMW, S. 11; Begr., S. 1075.

⁴⁷ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 52; BGH, NJW 1956, S. 1152.

⁴⁸ Im Ergebnis ebenso: Benisch, Kooperationsfibel, S. 77; derselbe, Betr. 1963, S. 1599; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 20; ähnlich Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 25, 29, wonach es darauf ankommen soll, ob die betreffende Vereinbarung ihrem Charakter nach auf eine Beschränkung der Erzeugung oder des Marktverhaltens gerichtet ist; andeutungsweise die Kooperationsfibel des BMW, S. 11.

Bezieht man diese Erörterungen auf die Vereinbarung, Kapitaleleistungen zu erbringen, so führt dies zu dem Ergebnis, daß solche Verpflichtungen schon tatbestandlich nicht unter § 1 GWB subsumierbar sind. Die bloße Möglichkeit, die betreffenden Kapitaleinlagen nicht mehr in das Unternehmen selbst investieren zu können, stellt keine Verpflichtung zur Unterlassung von Investitionen dar und ist wiederum nur die mögliche Folge einer wettbewerbsneutralen Vereinbarung, nicht aber Inhalt derselben. Denn eine solche Abrede beinhaltet dem *Gegenstand* nach keine Beschränkung der Handlungsfreiheit, die unmittelbar das Marktverhalten der Beteiligten betrifft. Es fehlt dieser Vereinbarung damit schon die abstrakte Marktbezogenheit. Folglich entfällt für die Verpflichtungen zur Leistung von Kapitaleinlagen in das Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich die Anwendbarkeit von § 1 GWB.

Ebenso ist es kartellrechtlich unerheblich, wenn die Kapitalbeiträge nach dem Umsatz der einzelnen Gesellschafterunternehmen bemessen werden. Einer solchen Vereinbarung liegt ein objektiver Bemessungsmaßstab zugrunde, der sich nicht auf das Wettbewerbsverhalten der einzelnen Beteiligten bezieht.

c) Verpflichtung zur Leistung sonstiger Einlagen

Neben der Verpflichtung zur Entrichtung von Kapitalbeiträgen wird sehr oft von den Gesellschafterunternehmen die Leistung weiterer Einlagen festgesetzt. Hier kommen in erster Linie Verpflichtungen, bestimmte Maschinen oder Patente in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, in Betracht.

Der Versuch, solche Beitragsverpflichtungen schon deshalb für zulässig zu erklären, weil sie einem Verkauf oder einer Vermietung vergleichbar seien und hierin keine vom GWB erfaßte Wettbewerbsbeschränkung läge⁴⁹, scheint bedenklich. Dies kann allenfalls für derartige Abreden gelten, die zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und einem einzelnen Gesellschafterunternehmen abgeschlossen werden, nicht aber für kollektive Vereinbarungen. Denn während es sich bei einem Verkauf oder einer Vermietung um einen *Austauschvertrag* und nicht um einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck handelt, der schon deshalb nicht unter § 1 GWB fällt, stellt die gesellschaftsrechtliche Beitragsverpflichtung eine Vereinbarung dar, die im Rahmen eines auf gemeinsame Zwecke gerichteten Vertrages eingegangen wird. Auch die *entsprechende* Anwendung von Kaufrecht⁵⁰ bei der Abwicklung dieser Verpflichtungen ändert daran nichts. Sie beruhen nicht auf einem Austauschvertrag, sondern auf einer Vereinbarung gesellschaftsrechtlichen Charakters⁵¹. Infolgedessen ist bei solchen Vereinbarungen eine Untersuchung erforderlich, inwieweit § 1 GWB anwendbar ist.

Bringt ein Unternehmen Maschinen oder Rechte in das Gemeinschaftsunternehmen ein, so verliert es dadurch die Möglichkeit, frei darüber verfügen zu können.

⁴⁹ So Lutz, NJW 1960, S. 1834.

⁵⁰ Schulze-Wenck in Erman, BGB, Bd. I, § 706 BGB, Anm. 2.

⁵¹ Palandt-Gramm, BGB, § 706 BGB, Anm. 2; Larenz, Schuldrecht II, § 56 II a; Hueck, Das Recht der OHG, S. 150.

Teilweise mag sich dies sogar soweit auswirken, daß ein gewisser Rückgang der Produktion in Quantität und Qualität eintritt, wenn das betreffende Gesellschafterunternehmen die entsprechenden Maschinen nicht mehr zur Verfügung hat. Derartige Einlageverpflichtungen können somit wettbewerbsbeschränkende Folgen⁵² nach sich ziehen.

Zur Anwendung von § 1 GWB ist es aber erforderlich, daß die betreffende Vereinbarung ihrem abstrakten Inhalt nach eine Wettbewerbsbeschränkung enthält, die sich unmittelbar auf das Marktverhalten der Beteiligten bezieht⁵³. Die Vereinbarung, bestimmte Maschinen oder Rechte in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, hat nicht die Verpflichtung, weniger oder schlechter zu produzieren zum Gegenstand, sondern bringt allenfalls derartige Folgen mit sich. Eine solche Beitragsvereinbarung betrifft daher weder unmittelbar das Marktverhalten der Beteiligten noch legt sie in dieser Hinsicht den Gesellschafterunternehmen irgendwelche Beschränkungen auf. Es handelt sich infolgedessen um eine wettbewerbsneutrale Abrede, deren mögliche Auswirkungen kartellrechtlich unerheblich sind.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich beispielsweise das oder die betreffenden Gesellschafterunternehmen zusätzlich verpflichtet hätten, die eingebrachten Rechte selbst nicht mehr zu nutzen.

Auch für diese Beitragsverpflichtungen scheidet somit grundsätzlich eine Anwendung von § 1 GWB aus.

Dagegen ist möglicherweise § 23 GWB heranzuziehen.

Überläßt ein Gesellschafterunternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen eine seiner Fabrikationsstätten, oder machen dies gar mehrere Gesellschafterunternehmen, so entsteht gemäß § 23 II Nr. 3 GWB eine Meldepflicht, falls die erforderlichen Voraussetzungen von § 23 I GWB vorliegen. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die bisherige wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschafterunternehmen übernimmt, während diese die Tätigkeit aufgeben.

3. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Eigentätigkeit der Gesellschafterunternehmen

Eine weitere wesentliche und typische Vereinbarung im Rahmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens enthält die Regelung der Eigentätigkeit der einzelnen Gesellschafterunternehmen im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen. Regelmäßig handelt es sich dabei um die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten. Diese können einmal den gesetzlichen Wettbewerbsverboten entsprechen, zum anderen aber auch individuelle vertragliche Abweichungen enthalten.

a) Gesetzliche Wettbewerbsverbote

Im Rahmen dieser ersten Fallgruppe ist die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten nicht für alle Fälle von gleicher Bedeutung. Soll das Gemein-

⁵² Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 30.

⁵³ Vgl. S. 52.

schaftsunternehmen nur gegründet werden, um *zusätzlich* die Erzeugnisse der Gesellschafterunternehmen herzustellen oder zu vertreiben, wird gerade kein Wettbewerbsverbot beabsichtigt und vereinbart sein. In diesen Fällen werden allenfalls Bestimmungen über Gebietsabgrenzungen oder Preisgestaltungen getroffen. Solche Vereinbarungen entsprechen jedoch nicht dem Inhalt der gesetzlichen Wettbewerbsverbote⁵⁴, die grundsätzlich Tätigkeitsenthaltungen fordern. In den Fällen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen bestimmte Erzeugnisse der Gesellschafterunternehmen weiterentwickeln und *allein* herstellen soll, ist ein völliges Wettbewerbsverbot notwendig und meist eine Vertragsbestimmung des betreffenden Gesellschaftsvertrages⁵⁵. Es hat zum Inhalt, daß sich die Gesellschafterunternehmen auf dem Produktions- oder Gewerbegebiet des Gemeinschaftsunternehmens jeder selbständigen Tätigkeit enthalten müssen. Solche Beschränkungen entsprechen bei verschiedenen Gesellschaftsformen gesetzlich normierten oder vom Gesetz vorgesehenen Wettbewerbsverboten. Dies ist der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in Form einer OHG, KG oder KGaA, in den beiden letzten Fällen allerdings mit Einschränkungen, organisiert ist⁵⁶. Darüber hinaus ist anerkannt, daß auch für die Gesellschafter einer GmbH⁵⁷, zumindest dann, wenn ihr nur wenige Gesellschafter angehören und sie »personalistisch« strukturiert ist, trotz Fehlens ausdrücklich normierter Konkurrenzklauseln auf Grund der allgemeinen gesellschaftlichen Treupflicht ein derartiges »gesetzliches« Wettbewerbsverbot besteht, wenn es die Interessen der Gesellschaft erfordern. Das gleiche gilt für die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft⁵⁸.

Bei einer GmbH ist außerdem gemäß § 3 II GmbHG die Möglichkeit vorgesehen, ein solches Wettbewerbsverbot in allen Fällen zu vereinbaren⁵⁹.

Dieses Wettbewerbsverbot steht einmal in Zusammenhang mit den *Beitragspflichten*⁶⁰ und zum anderen mit den gesellschaftlichen *Treuepflichten*⁶¹. Es stellt jeweils ein Teilgebiet dieser beiden gesellschaftsrechtlichen Grundsätze dar und ist dennoch eine so verstärkte gesellschaftliche Pflicht, daß es vor allem kartellrechtlich eine Sonderstellung einnimmt, nicht zuletzt deshalb, weil die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Wettbewerbsverbotes eine Kernfrage für die Existenz vieler Gemeinschaftsunternehmen bedeutet. Bei der Überprüfung der Frage, ob solche Wettbewerbsverbote kartellrechtlich zulässig sind, ist zunächst wiederum von § 1 GWB auszugehen⁶².

⁵⁴ Vgl. zu derartigen Vereinbarungen die Erörterungen unter b dieses Kapitels.

⁵⁵ Benisch, Kooperationsfibel, S. 164.

⁵⁶ Vgl. §§ 112, 161 II, 165 HGB und § 226 AktG.

⁵⁷ Fischer, GmbH Rund. 1953, S. 133; Schilling-Hachenburg, GmbH G, § 14 GmbH G, Anm. 27; Haupt-Reinhardt, S. 161.

⁵⁸ Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 79; Staudinger-Geiler-Kessler, BGB, Vorbem. 39 a vor § 705 BGB; Haupt-Reinhardt, S. 31; Enneccerus-Lehmann, § 177, Anm. 7.

⁵⁹ Baumbach-Hueck, GmbH G, § 3 GmbH G, Anm. 8 F.

⁶⁰ Lutz, NJW 1960, S. 1834.

⁶¹ Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 108; v. Gierke, Handelsrecht, S. 194; Hueck, Der Treuegedanke, S. 12; Götz, JuS 1963, S. 387; Gleiss-Hootz, NJW 1963, S. 1338; Becher, NJW 1961, S. 1998.

⁶² Vgl. S. 34 und 43, 44.

aa) Ein derartiges Wettbewerbsverbot kann nur dann unter die Rechtsfolge von § 1 GWB fallen, wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. dieser Vorschrift darstellt. Hierbei kann auf die frühere Definition dieses Tatbestandsmerkmals zurückgegriffen werden⁶³.

Auf Gemeinschaftsunternehmen dieser ersten Fallgruppe bezogen, bedeutet ein Wettbewerbsverbot die Verpflichtung der Beteiligten, die bisherige wirtschaftliche Tätigkeit nicht mehr auszuüben, soweit sie von dem Gemeinschaftsunternehmen übernommen wurde. Dadurch verzichten die Gesellschafterunternehmen auf jede weitere Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb innerhalb dieses Marktes. Ein solches Wettbewerbsverbot stellt folglich seinem Gegenstand nach die stärkste Form einer Wettbewerbsbeschränkung dar.

bb) Nach § 1 GWB sind jedoch nur solche Wettbewerbsbeschränkungen erheblich, die ihre Grundlage in Verträgen oder Beschlüssen haben.

Regelmäßig wird, soweit es im Einzelfall erforderlich ist, ein Wettbewerbsverbot von den Gründern im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart werden. Dann ergeben sich innerhalb dieses Tatbestandsmerkmals zunächst noch keine Schwierigkeiten.

Fräglich ist, wie es sich verhält, wenn in dem betreffenden Gesellschaftsvertrag von einem Wettbewerbsverbot nichts erwähnt ist, es also weder vereinbart noch ausgeschlossen ist. § 1 GWB käme bei einem solchen Sachverhalt nur dann zur Anwendung, wenn in diesem Falle überhaupt ein Wettbewerbsverbot besteht und trotz Nichterwähnung als *vertraglich* vereinbart gilt.

§ 112 HGB ist, wie sich aus § 109 HGB ergibt, eine dispositive Norm. Infolgedessen kann das § 112 HGB entsprechende Wettbewerbsverbot durch entgegenstehende Vereinbarung ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Es gilt aber, wenn es nicht ausgeschlossen ist, nicht nur, wenn es mit den gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter übereinstimmt⁶⁴, sondern auch dann, wenn sie nicht an die Existenz einer solchen Vorschrift gedacht haben⁶⁵. Die Aufgabe des dispositiven Rechts ist es, fehlende Parteivereinbarungen zu ergänzen⁶⁶. Ein solcher Fall liegt aber gerade dann vor, wenn die Vertragsparteien an eine bestimmte Regelung nicht gedacht haben. Darüber hinaus können die Gesellschafter ohnehin nicht mit originärer Wirkung vereinbaren, was durch gesetzliche Ergänzung bereits Vertragsbestandteil ist. Insofern wäre eine ausdrückliche Vereinbarung überflüssig. Folglich besteht ein Wettbewerbsverbot auch dann, wenn es nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag genannt ist⁶⁷.

Das gleiche gilt für die übrigen Wettbewerbsverbote, die auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht entsprechend § 112 HGB Bestandteil der gesellschaftlichen Pflichten der Gesellschafterunternehmen sind, soweit dies zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich ist.

⁶³ Vgl. S. 44, 45.

⁶⁴ So BGH WuW/E BGH 519.

⁶⁵ Lieberknecht-Gnauke, BB 1963, S. 1072; Rehfeldt, S. 29.

⁶⁶ Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 49 III; Lehmann, AT, S. 32.

⁶⁷ Lieberknecht-Gnauke, BB 1963, S. 1072.

Das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot ist somit im Wege gesetzlicher Ergänzung zum Vertragsbestandteil des jeweiligen Gesellschaftsvertrages geworden. Der Wettbewerb wird folglich nicht von Gesetzes wegen beschränkt⁶⁸, sondern kraft einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, gleich, ob diese ausdrücklich vereinbart wird oder nicht.

cc) Weiter erfordert der Tatbestand von § 1 GWB, daß die betreffende Wettbewerbsbeschränkung eine konkrete Eignung zur Marktbeeinflussung besitzt. Hierbei kommt es darauf an, inwieweit auf Grund der Marktstellung der Gesellschafterunternehmen und der sonstigen Marktumstände objektiv eine solche Eignung vorhanden ist oder sein kann⁶⁹. Die subjektive Willensrichtung der Beteiligten ist ohne Bedeutung⁷⁰.

Auch Wettbewerbsbeschränkungen, die sich – wie oft beim Wettbewerbsverbot – auf die Erzeugung beziehen, müssen geeignet sein, Auswirkungen auf dem betreffenden relevanten Markt hervorzubringen. Eine bloße Erzeugungsbeschränkung genügt nicht⁷¹. Dies folgt schon aus dem Wortlaut von § 1 GWB, wonach sich jene Eignung auf den Verkehr mit der jeweiligen Ware beziehen muß und demnach nicht nur den bloßen Vorgang der Erzeugung betreffen darf⁷².

Bei der Marktbeeinflussung ist, wie schon die Wortbezeichnung ergibt, die Wirkung der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung nach außen gerichtet. Eine solche Wirkung liegt nur dann vor, wenn die Marktpartner die Chancen nicht mehr uneingeschränkt wahrnehmen können, die ihnen durch die Wahlmöglichkeiten beim Abschluß von Verträgen zwischen verschiedenen Konkurrenten gegeben sind⁷³.

Die Frage, ob bei einem Wettbewerbsverbot eine derartige konkrete Marktbeeinflussung vorliegt, ist tatsächlicher Natur und kann daher grundsätzlich nur von Fall zu Fall entschieden werden.

Allerdings genügt nicht jede auch nur theoretisch vorstellbare Marktbeeinflussung, sondern dieses Tatbestandsmerkmal ist nur dann erfüllt, wenn die Marktgegenseite einen Unterschied zwischen ihren Wahlmöglichkeiten vor und nach der Wettbewerbsbeschränkung bemerkt⁷⁴. Dies ergibt sich schon aus dem

⁶⁸ So *Gleiss-Hootz*, NJW 1962, S. 392, die schon daraus die kartellrechtliche Zulässigkeit des »gesetzlichen« Wettbewerbsverbotes herleiten.

⁶⁹ *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 52; a.M. *Rasch*, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 11, der auf einen besonderen Nachweis der Marktbeeinflussung verzichten will; ebenso *Schmitz*, NJW 1961, S. 2092.

⁷⁰ *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 45; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 48; Begr., S. 1076.

⁷¹ *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 51.

⁷² BGH, Betr. 1964, S. 1295.

⁷³ *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 52; *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 43; *Lukes*, S. 163 ff; von *Borchardt-Fikentscher*, S. 29, als »materielle« Wettbewerbsbeschränkung im Gegensatz zur »formalen« Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet, die den bloßen Beschränkungsgehalt der betreffenden Vereinbarung enthält; so auch *Brugger*, WuW 1959, S. 481 ff; *Müller-Beilschmidt*, MA 1958, S. 662; ähnlich TB 1959, S. 10.

⁷⁴ *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 54; *Frey*, WuW 1962, S. 17 ff; *Benisch*, Betr. 1963, S. 1599; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 37; *Fikentscher*, WuW 1961, S. 788; *Deringer*, BB 1960, S. 343; v. *Gamm*, S. 227; *Deringer* in *Biedenkopf-Callmann-Deringer*, S. 72; ähnlich BGH, WuW/E BGH 491, wo ausgeführt wird, daß eine spürbare Einwirkung erforderlich ist; ebenso BGH, Betr. 1964, S. 1295.

Wortlaut von § 1 GWB, der im Gegensatz zu § 15 GWB eine Geeignetheit zur Marktbeeinflussung voraussetzt. Denn schon vom Wortsinn her bedeutet eine Marktbeeinflussung mehr als ein bloßes Marktberühren⁷⁵. Nur wenn man ein solches entgegen dem Wortlaut von § 1 GWB genügen läßt, fällt grundsätzlich jede Wettbewerbsbeschränkung unter § 1 GWB⁷⁶.

Zur Erfüllung des Tatbestandes von § 1 GWB ist es daher erforderlich, daß die betreffende Wettbewerbsbeschränkung die Chancen der Marktpartner *beeinflusst*. Ist infolge tatsächlich vorhandener Möglichkeiten ein Ausweichen auf andere Partner dieses Marktes möglich, ohne daß dies nachteilige Auswirkungen hat, so fehlt es an einer solchen Beeinflussung.

Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, daß das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung nur die Aufgabe hat, klarzustellen, daß keine hoheitlichen Verträge unter § 1 GWB fallen⁷⁷. Nach der Begründung hat diese Aufgabe lediglich das Wort »Marktverhältnisse«⁷⁸, während das Erfordernis der Beeinflussung eine darüberhinausgehende Bedeutung hat, die nur in einer Einschränkung des Tatbestandes von § 1 GWB zu sehen ist.

Im Rahmen dieser ersten Fallgruppe von Gemeinschaftsunternehmen kommt es folglich darauf an, ob die Marktgegenseite (Käufer und Zulieferer) der einzelnen Gesellschafterunternehmen infolge des Wettbewerbsverbotes in ihren Möglichkeiten beim Kauf solcher Erzeugnisse oder beim Verkauf entsprechender Zulieferungen eingeschränkt wird. Ist diese Einschränkung nicht *spürbar* und verbleiben der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten, die »zumutbar« sind, so fehlt es im konkreten Fall an einer Marktbeeinflussung dieses Wettbewerbsverbotes i. S. von § 1 GWB.

Solche Ausweichmöglichkeiten werden aber gerade bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen trotz solcher Wettbewerbsverbote weiterbestehen. Denn die Gemeinschaftsunternehmen werden meist von mittleren und kleinen Unternehmen gegründet. Folglich befindet sich meist auf dem betreffenden Markt, der durch das Wettbewerbsverbot einige Wettbewerber verloren hat, noch eine genügende Anzahl anderer Wettbewerber, an die sich die Marktgegenseite halten kann.

In derartigen Fällen ist das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot ohne Einschränkung zulässig und es bedarf keiner weiteren Untersuchungen. Allerdings ist es nicht möglich, die Wettbewerbsverbote schon deshalb generell von § 1 GWB auszunehmen, weil bei ihnen regelmäßig keine Beeinflussung des Gesamtmarktes feststellbar ist⁷⁹. Befinden sich auf einem Markt nur wenige Wettbewerber, so kann ein Wettbewerbsverbot zwischen einem Teil von diesen schon eine Marktbeeinflussung i. S. von § 1 GWB darstellen.

⁷⁵ v. Gamm, WRP 1962, S. 190, Anm. 16; Tetzner, S. 14.

⁷⁶ So Benkendorff, WRP 1962, S. 147, 150; Schmitz, NJW 1961, S. 2089; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 52; Müller-Gries, GWB, § 1 GWB, Anm. 17; Rinck, S. 183, Rdnr. 632.

⁷⁷ So Benkendorff, WRP 1962, S. 150.

⁷⁸ Begr., S. 1075.

⁷⁹ So Meyer-Cording, WuW 1962, S. 472; ähnlich Möhring, NJW 1963, S. 83.

dd) Anlaß zu einer tatbestandlichen Überprüfung bietet dann nur noch das Tatbestandsmerkmal »zu gemeinsamen Zwecken«. Es bezieht sich – wie schon erwähnt – zunächst nur auf die Rechtsnatur des Vertrages, der die Wettbewerbsbeschränkung enthält. Dieser muß ein Gesellschafts- oder doch zumindest ein gesellschaftsähnlicher Vertrag sein im Gegensatz zu einem Individual- oder Austauschvertrag⁸⁰.

aaa) Auf Grund der Tatsache, daß nicht *alle* Vereinbarungen innerhalb eines Gesellschaftsvertrages von dem diesem zugrunde liegenden gemeinsamen Zweck erfaßt zu sein brauchen⁸¹, ist eine Überprüfung erforderlich, ob das Wettbewerbsverbot gemeinsamen Zwecken entspricht.

Denn aus § 1 GWB ergibt sich, daß innerhalb eines Vertrages mit mehreren Vertragsbestimmungen jede einzelne von ihnen, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthält, zum gemeinsamen Zweck vereinbart sein muß, da der Gesamtvertrag immer nur *insoweit* unwirksam ist als er den Wettbewerb durch eine Marktbeeinflussung beschränkt⁸².

Das Wettbewerbsverbot wird nur dann nicht vom gemeinsamen Zweck des Gesellschaftsvertrages erfaßt, wenn es sich von diesem abspalten und als gesonderte Austauschvereinbarung ansehen läßt, indem man es als zusätzliche Nebenabrede betrachtet, die nur zur Sicherung des gemeinsamen Zweckes vereinbart wird, nicht aber mit ihm »identifiziert werden darf«⁸³. Das Wettbewerbsverbot dient jedoch, selbst wenn man es als Nebenabrede betrachtet, grundsätzlich der Erfüllung der Hauptpflichten der einzelnen Gesellschafter; werden aber die Hauptpflichten zu gemeinsamem Zweck vereinbart, so gilt dies auch für die Abreden, die ihrer Erfüllung dienen. Die gesellschaftliche Hauptpflicht besteht in der Förderung des gemeinsamen Unternehmens, dient infolgedessen geradezu typischerweise gemeinsamen Zwecken; das Wettbewerbsverbot enthält eine bestimmte spezielle Ausgestaltung dieser Hauptpflicht und ist damit grundsätzlich ebenfalls auf einen gemeinsamen Zweck ausgerichtet⁸⁴. Zudem ist es Sinn und Zweck des Wettbewerbsverbotes, zu verhindern, daß das gemeinsame Unternehmen durch Konkurrenz aus den eigenen Reihen beeinträchtigt wird; es ist folglich nur im Hinblick auf das *gemeinsame* Unternehmen geschaffen.

Ebensowenig kann die Auffassung überzeugen, daß das Wettbewerbsverbot von einzelnen Gesellschaftern nur deshalb eingegangen wird, damit auch andere Gesellschafter der Gesellschaft beitreten, oder, daß es für einzelne Gesellschafter eine zusätzliche Leistungspflicht ist, die nicht dem gemeinsamen Zweck dient⁸⁵. Einmal

⁸⁰ So die h.M.; vgl. Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 15.

⁸¹ Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1071; Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 66.

⁸² Vgl. Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 62; v. Gamm, WRP 1962, S. 190.

⁸³ So Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1071; ähnlich Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 54; Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 66; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 6; Langen, GWB, § 1 GWB, Rdz. 71; Magen, NJW 1961, S. 147.

⁸⁴ Quantz, S. 26/27.

⁸⁵ So Klaue, WuW 1961, S. 328/329, dessen Beispiele allerdings größtenteils typischen Austauschverträgen – wie Kauf-, Miet- und Vertriebsverträgen – entnommen sind, bei denen ohnehin wenig für einen gemeinsamen Zweck spricht.

werden die meisten Beitragsleistungen und -verpflichtungen innerhalb eines Gesellschaftsvertrages zumindest zum Teil auch deshalb eingegangen, damit andere Gesellschafter der Gesellschaft beitreten oder ähnliche Verpflichtungen übernehmen. Dennoch sind solche Verpflichtungen keine Austauschvereinbarungen, sondern Bestandteil eines Vertrages zu einem *gemeinsamen Zweck*⁸⁶, da sie letztlich einer gemeinsamen Einrichtung dienen. Hinzu kommt, daß diese Verpflichtungen nicht nur im Hinblick auf den Beitritt oder die Verpflichtungen anderer Gesellschafter eingegangen werden, sondern von den Verpflichtungen anderer Gesellschafter unabhängig weiter gelten. Anders mag es sich nur dann verhalten, wenn das Wettbewerbsverbot *ausdrücklich* nur für einen Teil der Gesellschafter gelten soll, der dafür eine festgesetzte *Entschädigung* erhält.

Regelmäßig dient somit das Wettbewerbsverbot einem gemeinsamen Zweck und stellt keine vom Gesellschaftsvertrag losgelöste Austauschvereinbarung dar.

bbb) Fraglich kann allerdings sein, ob sich der gemeinsame Zweck i.S. von § 1 GWB nicht auf eine Beschränkung des Wettbewerbes beziehen muß⁸⁷.

Gegen eine solche Auslegung von § 1 GWB spricht jedoch sowohl der Wortlaut als auch die rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB.

Nach § 1 GWB sind nur solche Verträge zu einem gemeinsamen Zweck unwirksam, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse durch eine Beschränkung des Wettbewerbes zu beeinflussen. Der erste Satzteil bis zu dem Wort »unwirksam« enthält die Feststellung, daß Verträge zu einem gemeinsamen Zweck unwirksam sind; diese Feststellung wird im zweiten Satzteil dahingehend eingeschränkt, daß diese Verträge nur unwirksam sind, soweit sie den Markt durch eine Wettbewerbsbeschränkung beeinflussen. Der »gemeinsame Zweck« ist demnach allein dem Tatbestandsmerkmal »Verträge« zugeordnet und steht vom Wortlaut her in keiner Beziehung zu den Einschränkungen des zweiten Satzteiles⁸⁸, sondern besitzt allein die Aufgabe eines Abgrenzungsmerkmals gegenüber Austauschverträgen. Hinzu kommt, daß das Wort »geeignet«, das infolge des untrennbaren kausalen Zusammenhanges zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung auch auf die Wettbewerbsbeschränkung zu beziehen ist⁸⁹, schon vom Wortsinn her rein objektiv aufzufassen ist⁹⁰ und mit ihm folglich kein subjektiver gemeinsamer Zweck verbunden werden kann.

Außer zum Wortlaut steht diese Auffassung auch im Widerspruch zur rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB. Würde man verlangen, daß der Zweck der Vereinbarung in einer Beschränkung des Wettbewerbes besteht, so käme dies dem Erfordernis einer wettbewerbsbeschränkenden Absicht gleich. Sie ist aber

⁸⁶ Staudinger-Geiler-Kessler, BGB, § 705 BGB, Anm. 8; Larenz, Schuldrecht II, § 56 I b.

⁸⁷ So Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1068 ff; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 16; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 8 und 26; ähnlich Magen, NJW 1961, S. 147, 150; Müller-Gries, GWB, § 1 GWB, Anm. 21; a.M.: TB 1959, S. 15; BGH WuW/E BGH 359; Fikentscher, WuW/E BGH 365, 367; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 17, 45; Sölter, S. 57; Kartte, WuW 1963, S. 571; v. Gamm, WRP 1962, S. 189; Rinck, S. 178, Rdnr. 618; Tetzner, S. 9. Klaue, BB 1964, S. 539.

⁸⁹ Diese Trennung nehmen auch der BGH WuW/E BGH 359 und das BKartA, TB 1959, S. 15 nicht vor.

⁹⁰ Langen, GWB, § 1 GWB, Rdz. 32; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 53.

auf Grund des vom Gesetzgeber *bewußt*⁹¹ objektiv gehaltenen Tatbestandes von § 1 GWB nicht anzunehmen, zumal das GWB selbst ausnahmsweise an anderer Stelle⁹² eine solche Absicht ausdrücklich verlangt. Zudem wird eine Beschränkung des Wettbewerbes wohl kaum jemals Selbstzweck einer Vereinbarung, sondern allenfalls das Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes sein, etwa einer Senkung der Kosten oder einer Sicherung der Absatzgebiete.

Der Zusatz »zu einem gemeinsamen Zweck« dient vielmehr lediglich der Abgrenzung gegenüber solchen Verträgen, bei denen die Vertragspartner nicht einen gemeinsamen, sondern unterschiedliche oder entgegengesetzte Zwecke verfolgen. Es ist auch durchaus sinnvoll, daß der Gesetzgeber für Vereinbarungen, die nicht zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen wurden, eine von § 1 GWB abweichende Regelung getroffen hat. Beide Vertragsarten unterscheiden sich im »Normalfall«, von dem das Gesetz ausgehen muß, in ihrer Gefährlichkeit für den Wettbewerb ganz erheblich. Wird die Wettbewerbsbeschränkung innerhalb eines Vertrages zum gemeinsamen Zweck vereinbart, so werden in aller Regel *alle* Vertragsbeteiligten Wettbewerbsbeschränkungen eingehen⁹³, während dies innerhalb eines Austauschvertrages meist nur für eine Vertragsseite gilt⁹⁴. Infolgedessen kann auch das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, daß ein Wettbewerbsverbot im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages »um nichts gefährlicher sei als ein solches in einem Austauschvertrag wie in einem Miet-, Pacht- oder sonstigen Individualvertrag« und es deshalb von § 1 GWB nicht erfaßt sei⁹⁵, nicht überzeugen.

Neben diesen allgemeinen Gründen, die gegen die Auffassung sprechen, daß sich der gemeinsame Zweck auf eine Beschränkung des Wettbewerbes beziehen muß, gibt es noch einen besonderen Grund, der es unmöglich macht, dieser Auffassung zu folgen.

Wie von den Vertretern dieser Meinung selbst zugegeben wird, kann es Fälle geben, die »über den typischen Tatbestand hinaus«⁹⁶ auch den Zweck haben, den Wettbewerb zwischen den Gesellschafterunternehmen zu regeln; derartige Fälle sollen auch nach dieser Auffassung von § 1 GWB erfaßt werden. Es dürfte aber nahezu unmöglich sein, bei einem Wettbewerbsverbot im Rahmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in Form einer OHG, KG oder GmbH festzustellen, ob sich der gemeinsame Vertragszweck auf die Wettbewerbsregelung oder auf andere Ziele bezieht. Die Folge wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die bei

⁹¹ Begr., S. 1076, unter e.

⁹² § 25 II Nr. 3 GWB.

⁹³ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 16.

⁹⁴ Dies übersehen Lieberknecht-Gnauk (BB 1963, S. 1070), die den Zusatz »zu einem gemeinsamen Zweck« nur in der Beziehung zu den Tatbestandsmerkmalen »Wettbewerbsbeschränkung« und »Marktbeeinflussung« sehen.

⁹⁵ So Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1070, 1071.

⁹⁶ Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1071.

Schaffung des § 1 GWB durch die objektiv ausgerichteten Tatbestandsmerkmale gerade vermieden werden sollte⁹⁷.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen lautet infolgedessen: Das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot erfüllt den Tatbestand von § 1 GWB.

ee) Dies besagt jedoch noch nicht endgültig, daß das Wettbewerbsverbot von der Rechtsfolge des § 1 GWB erfaßt wird.

Denn über die Wortinterpretation hinaus muß es das Ziel jeder Gesetzesauslegung sein, die rechtspolitische Zwecksetzung der anzuwendenden Gesetzesvorschrift zu erkennen⁹⁸, um das aus der Wortinterpretation gewonnene Ergebnis zu überprüfen oder notfalls zu berichtigen. Gerade bei generalklauselartig weit gefaßten Tatbeständen wie § 1 GWB ist regelmäßig nur auf diesem Wege zu ersehen, ob der betreffende Sachverhalt in den Anwendungsbereich der fraglichen Vorschrift fällt⁹⁹.

Deckt sich hinsichtlich des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes die rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB mit dem Wortlaut, so ist § 1 GWB anwendbar und das Wettbewerbsverbot unwirksam. Bleibt dagegen die rechtspolitische Zwecksetzung hinter dem Wortlaut zurück, so ist § 1 GWB hinsichtlich des Wettbewerbsverbotes dementsprechend einzuschränken¹⁰⁰, falls sich für eine solche Einschränkung im Wortlaut ein wenn auch noch so unvollkommener Anhaltspunkt ergibt¹⁰¹.

Ist ein solcher nicht ersichtlich, so ist der Auslegung eine Grenze gesetzt und der nächste Schritt kann zur Rechtsfortbildung führen.

Voraussetzung einer Rechtsfortbildung ist, daß in dem betreffenden Fall eine Gesetzeslücke vorliegt, die nach den für eine Lückenausfüllung geltenden Grundsätzen zu vervollständigen ist¹⁰².

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist zunächst zu ermitteln, inwieweit sich aus der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB Schlüsse auf die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ziehen lassen.

Diese rechtspolitische Zwecksetzung ist einmal aus dem Sinnzusammenhang ersichtlich, in den § 1 GWB hineingestellt ist¹⁰³. Denn als einzelne Norm eines Gesetzes ist sie nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften des GWB zu betrachten. Darüber hinaus ist aus dem Zusammenhang des GWB mit der gesamten Rechtsordnung zu ermitteln, ob sich etwaige Einschränkungen des bewußt weit gefaßten Wortlautes von § 1 GWB hinsichtlich des

⁹⁷ Auch Müller-Henneberg, der zwar die Auffassung vertritt, daß sich der gemeinsame Zweck auf eine Beschränkung des Wettbewerbes beziehen muß (s. Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 16), läßt das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot tatbestandlich unter § 1 GWB fallen; vgl. Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 59.

⁹⁸ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 46; Larenz, Methodenlehre, S. 240, 243, 250; Lehmann, AT, S. 55; vgl. auch S. 47.

⁹⁹ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 69.

¹⁰⁰ Larenz, Methodenlehre, S. 259; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 71, 79.

¹⁰¹ Larenz, Methodenlehre, S. 243; Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 57 II, III.

¹⁰² Larenz, Methodenlehre, S. 273, 279 ff.; derselbe, NJW 1965, S. 5; Lehmann, AT, S. 57; vgl. auch Canaris, S. 140 ff., der teilweise den Lückenbegriff noch weiter faßt.

¹⁰³ BVerfG 1/312; Larenz, Methodenlehre, S. 244; Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 56 II 1.

Wettbewerbsverbotes ergeben. Denn das GWB fügt sich als Wirtschaftsverfassungsgesetz in die bestehende Rechtsordnung ein und ist auch im Zusammenhang mit dieser auszulegen¹⁰⁴.

Zum anderen ist die Entstehungsgeschichte von § 1 GWB und die Regelung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes vor Erlass des GWB heranzuziehen, da auch hieraus Erkenntnisse über die rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot zu gewinnen sind¹⁰⁵.

aaa) Im Rahmen der systematischen Auslegung ist zunächst der Versuch zu erwähnen, § 1 GWB als ein Teilgebiet des Rechts der unerlaubten Handlungen anzusehen und ihm daher ein zusätzliches Rechtswidrigkeitserfordernis hinzuzufügen¹⁰⁶. Die weitergeltenden gesellschaftlichen Vorschriften könnten dann als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund für das Wettbewerbsverbot dienen¹⁰⁷. Diese Auslegung von § 1 GWB vermag jedoch nicht zu überzeugen. Das Kartellrecht ist, soweit nicht die besonderen Schadensersatzvorschriften des § 35 GWB zur Anwendung kommen, weder ein Sondergebiet des Rechts der unerlaubten Handlungen¹⁰⁸, noch ein Teilgebiet des Straf- oder Wirtschaftsstrafrechts, bei dem das Erfordernis der Rechtswidrigkeit neben dem gesetzlichen Tatbestand gilt¹⁰⁹. Die Rechtswidrigkeit ist als zusätzliche Sicherung für die von der Rechtsfolge der einzelnen Vorschriften Betroffenen geschaffen und deshalb nur bei Straf- oder besonders ausgestalteten Schadensersatznormen oder unerlaubten Handlungen notwendig und gesetzlich vorgesehen, nicht aber bei bloßen Regelungs- oder Ordnungsnormen zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur. § 1 GWB ist als bloße »Rechtsschutzverweigerungsnorm«¹¹⁰ nach allgemeiner Meinung aber kein Verbotsgesetz im dogmatischen Sinn¹¹¹. Es fehlt ihm infolgedessen schon die entscheidende Voraussetzung zu einem Schutzgesetz¹¹². § 1 GWB kann daher weder als Schutzgesetz i. S. von § 35 GWB noch als unerlaubte Handlung¹¹³ angesehen werden.

Er verlangt als »reine Ordnungsnorm«¹¹⁴ ebensowenig eine Rechtswidrigkeit wie § 138 BGB oder öffentlichrechtliche Ordnungsvorschriften. Anders ist es nur bei den Normen des GWB, die einen »Strafcharakter« haben, wie bei den §§ 38 ff GWB¹¹⁵. § 38 I Nr. 1 GWB betrifft aber nur die Folgehandlungen, die von den

¹⁰⁴ Strickerodt, S. 7; v. Köhler, NJW 1962, S. 1943; Tetzner, S. 2.

¹⁰⁵ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 52, 53; Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 55; Larenz, Methodenlehre, S. 258.

¹⁰⁶ So Spengler, S. 37, 38.

¹⁰⁷ Spengler, S. 39.

¹⁰⁸ Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, I 1; Hirner, S. 33.

¹⁰⁹ Hirner, S. 34.

¹¹⁰ Benisch in Gem. Komm., § 35 GWB, Rdz. 5.

¹¹¹ Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. II, § 190 I 2; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 2; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 59.

¹¹² Larenz, Schuldrecht II, § 66 II; Benisch in Gem. Komm., § 35 GWB, Rdz. 1; Rinke, S. 185, Rdnr. 640; Haager in RGRK zum BGB, § 823 BGB, Anm. 104.

¹¹³ Benisch in Gem. Komm., § 35 GWB, Rdz. 5; Würdinger, WuW 1958, S. 506; Leo, WuW 1959, S. 489; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 14.

¹¹⁴ Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, I 1.

¹¹⁵ Nur für diese gelten auch gemäß §§ 81 bis 86 GWB die Vorschriften des OWiG, was Spengler anscheinend übersieht; Spengler, S. 38.

an einem gemäß § 1 GWB unwirksamen Vertrag Beteiligten ohne Rücksicht auf die Unwirksamkeit dieses Vertrages vorgenommen werden. Auf den *Abschluß* eines solchen Vertrages bezieht sich § 38 I Nr. 1 GWB nicht¹¹⁶, so daß auch über § 38 GWB ein nach § 1 GWB unwirksamer Vertrag keinen Unrechtsvorwurf enthält¹¹⁷.

Schon aus dem verschiedenen Rechtscharakter der Vorschriften des GWB ergibt sich somit, daß nur einzelne von ihnen »Strafcharakter« besitzen und eine Rechtswidrigkeit voraussetzen, während dies bei allen anderen Vorschriften nicht der Fall ist.

Infolgedessen ist davon auszugehen, daß es auf die Rechtswidrigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung für eine Anwendung von § 1 GWB nicht ankommt.

bbb) Bei der Auslegung des § 1 GWB im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot liegt weiterhin der Schluß nahe, aus der Nichterwähnung des § 112 HGB in § 109 II GWB seine Zulässigkeit oder seinen Vorrang gegenüber § 1 GWB herzuleiten¹¹⁸. Zwar wird das Wettbewerbsverbot in dem in § 109 II GWB enthaltenen Katalog der durch das GWB außer Kraft gesetzten Vorschriften nicht ausdrücklich genannt, aber diese Tatsache allein genügt nicht, um es für kartellrechtlich unerheblich zu erklären. Denn eine Aufhebung älterer Gesetzesvorschriften ist auch bei Fehlen entsprechender Derogationsnormen in dem jüngeren Gesetz möglich¹¹⁹. Hinzu kommt, daß für den Gesetzgeber kein Grund bestand, das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot generell durch § 109 II GWB aufzuheben, da auch Fälle denkbar sind, in denen ein derartiges Wettbewerbsverbot schon tatbestandlich nicht unter § 1 GWB subsumierbar ist¹²⁰. Man denke nur daran, daß die Vertragsbeteiligten keine Unternehmen sind oder es an der Eignung zur Marktbeeinflussung fehlt. Eine generelle Regelung konnte und sollte infolgedessen vom Gesetzgeber für das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot nicht getroffen werden¹²¹.

Aus der Nichterwähnung des § 112 HGB in § 109 II GWB ist demnach keine Schlußfolgerung auf eine einschränkende Auslegung des § 1 GWB bezüglich des Wettbewerbsverbotes möglich¹²².

ccc) Eine weitverbreitete Auffassung geht dahin, § 1 GWB unter Hinzuziehung der Treupflicht und damit letztlich des in § 242 BGB festgelegten Grundsatzes von Treu und Glauben einschränkend auszulegen. Das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot als Ausfluß der gesellschaftlichen Treupflicht¹²³ soll nach

¹¹⁶ Mayer-Wegelin in Gem. Komm., § 38 GWB, Rdz. 10 a bb.

¹¹⁷ Frankf. Komm., § 35 GWB, Tz. 15; Quantz, S. 90, 91.

¹¹⁸ So Magen, NJW 1961, S. 149; Spengler, S. 39; ähnlich Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 59; Schwartz in Gem. Komm., § 109 GWB, Rdz. 1, der die Aufzählung in § 109 GWB für erschöpfend hält.

¹¹⁹ Enneccerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 45 I.

¹²⁰ Lutz, NJW 1963, S. 626; BGH WuW/E BGH 519.

¹²¹ BGH WuW/E BGH 519, wo der BGH ausführt, daß es der Gesetzgeber der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalles überläßt, ob § 1 GWB der Vorrang gebührt; ähnlich Klaue, WuW 1961, S. 325; Kartellbehörden der Länder, WuW/E KRT 41.

¹²² Götz, JuS 1963, S. 387 und 389; Lutz, NJW 1963, S. 626.

¹²³ So Weipert in RGRK zum HGB, § 112 HGB, Anm. 1; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 108; Hueck, Recht der OHG, S. 141; v. Gierke, S. 134.

dieser Meinung nicht von § 1 GWB erfaßt sein, da die Treupflicht einen Vorrang vor § 1 GWB besitzt¹²⁴. Es ist zwar der Auffassung zuzustimmen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben als zwingende und unabdingbare Norm¹²⁵ durch § 1 GWB nicht ausgeschlossen sein soll und einen Vorrang vor § 1 GWB hat¹²⁶. Dies kann aber nur für den Grundsatz selbst gelten und nicht für alle seine verschiedenen Ableitungen¹²⁷.

Am deutlichsten zeigt sich aus der Abdingbarkeit des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes, daß es sich gerade nicht um eine zwingende Treupflicht handelt, denn eine solche könnten die Gesellschafter niemals selbst ausschließen¹²⁸. Was aber die Vertragsparteien abdingen können, muß um so eher durch eine gesetzliche Norm wie § 1 GWB einschränkbar sein. Schon daraus ergibt sich, daß das gesetzliche Wettbewerbsverbot kein Rechtssatz ist, der ebenso wie der zwingende Grundsatz von Treu und Glauben zu behandeln ist.

Infolgedessen kann auch der rechtliche Charakter des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes für sich allein betrachtet noch nicht die Anwendbarkeit von § 1 GWB ausschließen.

ddd) Die Versuche, § 1 GWB mit Hilfe des Grundsatzes der »rule of reason« oder einer entsprechenden Übertragung dieses Grundsatzes auf das GWB einschränkend auszulegen¹²⁹, können ebenfalls nicht überzeugen.

Denn dieser Grundsatz, der unter der Herrschaft des Dekartellierungsrechtes noch zur Anwendung kam, wurde durch die Schaffung des GWB außer Kraft gesetzt¹³⁰. Sollte er weiterhin gelten, hätte das Gesetz dies in irgendeiner Form zu erkennen geben müssen¹³¹. Vor allem § 8 GWB zeigt, daß nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen die »wirtschaftliche Vernunft« eine Anwendung des § 1 GWB verbietet. Darüber hinaus deuten die Ausnahmebestimmungen der §§ 2 bis 8 GWB an, daß das Gesetz selbst gewisse Wettbewerbsbeschränkungen für zulässig ansieht, wenn sie bestimmten wirtschaftlichen Zielen dienen. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß auch nur diese *gesetzlichen* Ausnahmen unter dem Blickwinkel der »wirtschaftlichen Vernunft« zu beurteilen sind, nicht aber noch weitere vom Gesetz nicht erfaßte Fälle.

¹²⁴ So Gleiss-Hootz, NJW 1963, S. 1338; Becher, NJW 1961, S. 1998; Hirner, S. 48 und 49; z. T. Kooperationsfibel des BWM, S. 32; Rinck, S. 176, Rdnr. 609; Magen, BB 1963, S. 333.

¹²⁵ Staudinger-Weber, BGB, § 242 BGB, Anm. A 141; Larenz, Schuldrecht, Bd. I, § 8 III.

¹²⁶ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 11, 13; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 6; Spengler, S. 44; Magen, NJW 1961, S. 147, 149; Becher, NJW 1961, S. 1998; a.M. Lutz, NJW 1960, S. 1834; Schmidt-Hackenberg, Betr. 1962, S. 958.

¹²⁷ Götz, JuS 1963, S. 387, 388.

¹²⁸ Noch weitergehend Quantz, der das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot, das sich aus § 112 HGB herleitet, überhaupt nicht als Ausfluß der gesellschaftlichen Treupflicht, sondern als ein »aliud« ansieht; s. Quantz, S. 135.

¹²⁹ In diesem Sinne Gleiss-Hootz, NJW 1963, S. 1338.

¹³⁰ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 36; Langen, GWB, § 1 GWB, Einf., Rdz. 23; Müller-Beilschmidt, MA 1958, S. 662; v. Köhler, NJW 1962, S. 1942, 1943; Rinck, Rdnr. 631, S. 183.

¹³¹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 55.

Der Grundsatz der »rule of reason« scheidet daher für eine Einschränkung von § 1 GWB im Hinblick auf das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot ebenso aus¹³² wie die Möglichkeit, eine solche Einschränkung lediglich aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen¹³³ herzuleiten.

eee) Während die bisherigen Versuche einer systematischen Auslegung meist eine Einschränkung von § 1 GWB hinsichtlich des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes beabsichtigten, kann ein Vergleich mit den §§ 2 bis 8 GWB zum entgegengesetzten Ergebnis führen. Denn es liegt nahe, aus der gesetzlichen Regelung der Ausnahmefälle von § 1 GWB den Schluß zu ziehen, daß die Ausnahmen von § 1 GWB abschließend geregelt sind und das gesetzliche Wettbewerbsverbot, da es generell unter keine dieser Vorschriften subsumierbar ist, gemäß § 1 GWB unwirksam ist¹³⁴.

Diese Auffassung kann jedoch ebensowenig wie die anderen bisherigen Auslegungsversuche befriedigen.

Denn einmal kann das Gesetz für Fälle, auf deren generelle Regelung es verzichtet hat¹³⁵, auch keine Ausnahmebestimmungen treffen. Zum anderen ergibt sich aus dem GWB selbst, daß trotz gesetzlicher Regelung von Ausnahmen weitere Ausnahmen im Wege einer einschränkenden Auslegung möglich und zulässig sind. Ein Beispiel hierfür bildet § 15 GWB. Wie die Begründung zu § 15 GWB ergibt, werden von der Rechtsfolge dieser Vorschrift keine Vereinbarungen betroffen, die für die entsprechenden Erstverträge typische wettbewerbsbeschränkende Abreden enthalten und zur Erfüllung des betreffenden Erstvertrages notwendig sind¹³⁶. Eine solche einschränkende Auslegung ist im Rahmen von § 15 GWB demnach trotz § 16 GWB anerkannt. Es ist infolgedessen kein Grund ersichtlich, warum nicht auch für § 1 GWB neben den §§ 2 bis 8 GWB weitere Ausnahmen möglich sind, zumal inzwischen von Rechtsprechung und Literatur zusätzliche Ausnahmen anerkannt wurden¹³⁷.

ff) Auch eine historische Auslegung von § 1 GWB hinsichtlich des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ergibt keine weiteren Aufschlüsse.

Die Frage des Wettbewerbsverbotes ist weder in der Begründung zum Regierungsentwurf, noch im Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses, noch in den Beratungen des Bundestages behandelt worden.

Auch hieraus läßt sich entnehmen, daß diese Frage nicht generell gelöst werden sollte oder der Gesetzgeber daran nicht gedacht hat.

Auch aus dem Rechtszustand während des Dekartellierungsrechts ist nicht

¹³² *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 48; *Hefermehl*, GRUR 1963, S. 386; BKartA, BB 1964, S. 492.

¹³³ So aber *Rasch*, WuW 1961, S. 81; *Kartte*, WuW 1963, S. 577; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 14.

¹³⁴ *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 48; *Strickerodt*, S. 18; *Steindorff*, S. 56; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 36; *Quantz*, S. 110, der außerdem nur die Treupflicht zur Einschränkung von § 1 GWB heranziehen will.

¹³⁵ BGH WuW/E BGH 519; vgl. auch die Ausführungen zum Vergleich mit § 109 II GWB, S. 64.

¹³⁶ Begr., S. 1084; *Tetzner*, S. 62; *Fikentscher*, Sonstige Verträge, S. 555 ff.

¹³⁷ Vgl. Doppelstecker-Entscheidung, WuW/E BKartA 145/149; *Tetzner*, S. 3/4.

unbedingt eine Zulässigkeit des Wettbewerbsverbotes zu entnehmen, wie dies teilweise versucht wird¹³⁸.

Einmal war diese Rechtslage nicht eindeutig¹³⁹ und zum anderen wurde in diesen Fällen das Wettbewerbsverbot nach den Grundsätzen der »rule of reason«¹⁴⁰ oder der »ancillary clauses«¹⁴¹ beurteilt, d.h. als untergeordnete Nebenpflicht, die bezweckt, eine Treu und Glauben entsprechende Erfüllung des Vertrages sicherzustellen. Nach Inkrafttreten des GWB besitzen diese Grundsätze des amerikanischen Rechts jedoch keinerlei Geltung mehr.

gg) Die bisherigen Versuche, im Wege einer systematischen oder historischen Auslegung von § 1 GWB die kartellrechtliche Frage des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes zu lösen, führen somit zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Es bleibt allein noch die Möglichkeit, das gesetzliche Wettbewerbsverbot mit der allgemeinen rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB zu vergleichen¹⁴².

aaa) Sinn und Aufgabe des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes gemäß § 112 HGB und der übrigen »quasigesetzlichen« Wettbewerbsverbote ist nach seiner rechtspolitischen Zwecksetzung der Schutz der Gesellschaft vor einer gesellschaftsschädigenden Ausbeutung der Informations- und Kontrollmöglichkeiten der einzelnen Gesellschafter zu deren Gunsten¹⁴³.

Teilweise wird angenommen, daß durch das Wettbewerbsverbot der Gesellschaft die Arbeitskraft des Gesellschafters erhalten bleiben soll¹⁴⁴.

Diese Ansicht kann nicht überzeugen; denn das Gesetz verbietet nur eine selbständige Betätigung der Gesellschafter in solchen Handelszweigen, in denen die Gesellschaft selbst tätig ist, nicht aber in allen Branchen, wie es sinnvoll wäre, wenn das Unternehmen vor dem teilweisen Verlust der Arbeitskraft seines Gesellschafters geschützt werden sollte¹⁴⁵. Weiterhin spricht gegen diese Meinung, daß das Wettbewerbsverbot nicht nur für die geschäftsführenden Gesellschafter Geltung besitzt, deren Arbeitskraft für die Gesellschaft wertvoll ist, sondern auch für die nicht geschäftsführenden^{145a}, auf deren Mitarbeit die Gesellschaft von vornherein verzichten kann. Rechtspolitischer Zweck des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ist vielmehr allein der Schutz der Gesellschaft vor einer einseitigen und gesellschaftsschädigenden Verwertung der Informationen, die die einzelnen Gesellschafter durch ihren Einblick in den Geschäftsbetrieb erlangen.

¹³⁸ So Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 11; Ganssmüller, Betr. 1964, S. 436.

¹³⁹ Quantz, S. 92 bis 103.

¹⁴⁰ Vgl. BGH 5/71, 74; 5/126, 130; 13/33, 40.

¹⁴¹ BGH, GRUR 1960, S. 261; ähnlich Benisch, WuW 1953, S. 219.

¹⁴² Ennecerus-Nipperdey, Halbbd. I, § 56 II 4, der von dem »besonderen Zweck des Gesetzes oder einer Einzelvorschrift« spricht.

¹⁴³ Düringer-Hachenburg-Flechtheim, HGB, § 112 HGB, Anm. 1; BGH, WM 1961, S. 629; Schlegelberger-Gessler, HGB, § 112 HGB, Rdz. 1; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 108; Hueck, Recht der OHG, S. 142; Haupt-Reinhardt, S. 52.

¹⁴⁴ So irrtümlich BGH WuW/E BGH 519; ähnlich Magen, BB 1963, S. 333; Kartte, WuW 1963, S. 577.

¹⁴⁵ Düringer-Hachenburg-Flechtheim, HGB, § 112 HGB, Anm. 1.

^{145a} Ballerstedt, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im GWB, S. 197.

bbb) Dieser Schutz, den das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot gewährleistet, ist – wie vom Gesetzgeber selbst anerkannt – für den Bestand von Gesellschaften von entscheidender Bedeutung. Auf die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen bezogen, bedeutet dies, daß bei Unzulässigkeit eines solchen Wettbewerbsverbotes gemäß § 1 GWB deren Gründung in den meisten Fällen verhindert wird. Denn die einzelnen Gesellschafterunternehmen müßten sonst jederzeit damit rechnen, daß Mitgesellschafter ihre gesellschaftsrechtlichen Informationsmöglichkeiten dazu ausnutzen, die Erfahrungen und Betriebsgeheimnisse des Gemeinschaftsunternehmens in ihren eigenen Betrieben zu verwerten. Gerade in dem Fall, in dem die einzelnen Gesellschafterunternehmen bisher die gleichen Erzeugnisse wie das Gemeinschaftsunternehmen herstellten und zu deren weiteren Entwicklung das Gemeinschaftsunternehmen gründen, ist die Verpflichtung, diese Erzeugnisse nicht mehr herzustellen, von besonderer Wichtigkeit. Hier liegt es nahe, daß einzelne Gesellschafterunternehmen die neuen Fertigungsmethoden und Entwicklungsergebnisse des Gemeinschaftsunternehmens zur Wiederaufnahme der Eigenfertigung benutzen. Da es jedoch der Zielsetzung eines Gemeinschaftsunternehmens entspricht, daß die Fortschritte, die es erzielt hat, allen Gesellschaftern gleichermaßen zugute kommen, da diese durch Beiträge und Mitwirkung die Entwicklungsmöglichkeit erst schufen, würden sich nur noch wenige Unternehmen einem derartigen Risiko aussetzen. Ein bloßes Verbot der Weitergabe von Informationen¹⁴⁶ oder die Verpflichtung, die betreffenden Informationen nicht selbst zu benutzen, ändert nichts an der Notwendigkeit des Wettbewerbsverbotes in diesen Fällen. Die Durchsetzbarkeit solcher Vereinbarungen würde wegen mangelnder Überprüfbarkeit scheitern und der Nutzen wäre infolgedessen nur gering.

Ebensowenig kann gegen die Notwendigkeit des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes für den Bestand einer Gesellschaft und damit auch für das Gemeinschaftsunternehmen vorgebracht werden, daß schon die allgemeine Treupflicht eine Schädigung der Gesellschaft verbiete und infolgedessen ein Wettbewerbsverbot i. S. von § 112 HGB nicht erforderlich sei¹⁴⁷. Diese Auffassung wird schon vom Gesetz selbst durch die Existenz des § 112 HGB widerlegt. Würde die allgemeine gesellschaftliche Treupflicht genügen, so hätte es einer Einführung dieser Norm nicht bedurft und es wäre überflüssig, auch für andere Gesellschaftsformen, etwa für die BGB-Gesellschaft oder die GmbH, zumindest in gewissen Fällen, ein § 112 HGB entsprechendes Wettbewerbsverbot anzunehmen. Außerdem soll durch das Wettbewerbsverbot nicht nur die Gesellschaft geschützt werden, sondern auch die einzelnen Gesellschafter in der Form, daß ihre Beiträge, wie beispielsweise die Einbringung von Fertigungsgeheimnissen oder Patenten, nicht von einzelnen Gesellschaftern zu eigenem Nutzen verwandt werden. Diesem Erfordernis wird aber ein etwaiger Schadensersatzanspruch, der erst eine nachweisbare Schädigung voraussetzt, nicht gerecht. Das gleiche gilt im Falle der Schädigung der Gesellschaft. Nicht der Schadensersatz ist in erster Linie der Zweck des Wettbewerbsverbotes, sondern die Verhütung eines Schadens.

¹⁴⁶ So Lutz, NJW 1963, S. 625.

¹⁴⁷ Quantz, S. 110 und 148.

Hinzu kommt, daß ein Wettbewerbsverbot, das sich aus der allgemeinen Treupflicht ergibt, weder einklagbar ist, noch einen Anspruch auf Unterlassung gewährt¹⁴⁸.

Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB dagegen ist selbständig einklagbar und gibt einen Unterlassungsanspruch¹⁴⁹. Nicht zuletzt hieraus folgt, daß bei einem Gemeinschaftsunternehmen allein das § 112 HGB entsprechende Wettbewerbsverbot einen wirksamen Schutz sichert.

Auch die Möglichkeit, daß die Gesellschafter gemäß § 109 HGB auf den Schutz des Wettbewerbsverbotes verzichten können, beseitigt nicht dessen grundsätzliche Notwendigkeit für den Bestand eines Gemeinschaftsunternehmens. Schon aus der Tatsache, daß das Wettbewerbsverbot nur bei entgegenstehender Vertragsbestimmung nicht gilt, geht hervor, daß das Gesetz grundsätzlich von einer Schutzbedürftigkeit ausgeht.

Damit steht fest, daß das Wettbewerbsverbot für die Gründung und den Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens in den Fällen eine notwendige Voraussetzung ist, in denen für das neue Unternehmen die Gefahr besteht, die der Gesetzgeber bei Schaffung des § 112 HGB berücksichtigt hat¹⁵⁰.

ccc) Ein Gesetz sinnvoll verstehen und auslegen, heißt aber, es so verstehen, wie es im Hinblick auf seinen Gesamtzweck und die in ihm aufgestellten Lösungen verstanden werden muß¹⁵¹. Infolgedessen stellt sich die Frage, wie sich § 1 GWB nach seiner rechtspolitischen Zwecksetzung zu der Gründung und dem Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens verhält. Daraus lassen sich dann möglicherweise weitere Schlüsse hinsichtlich des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ziehen, das mit dem Gemeinschaftsunternehmen – wie angedeutet – in einem engen Zusammenhang steht.

Nach § 1 GWB ist die Gründungsvereinbarung eines Gemeinschaftsunternehmens zulässig. Dies ergibt sich daraus, daß § 1 GWB nur solche Vereinbarungen für unzulässig erklärt, die ihrem abstrakten Gegenstand nach eine Wettbewerbsbeschränkung beinhalten; die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens enthält aber nicht zwangsläufig eine solche abstrakte Wettbewerbsbeschränkung¹⁵². An dieser generellen Zulässigkeit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ändert sich auch dann nichts, wenn man die allgemeine rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB heranzieht. Die Frage nach dieser Zwecksetzung ist seit dem Inkrafttreten des GWB umstritten und hat bis heute keine übereinstimmende Beantwortung gefunden. Grundsätzliche Einigkeit besteht inzwischen lediglich darüber, daß der Schutz des Wettbewerbes als einer wirtschaftlichen *Institution* zur rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB gehört¹⁵³. Dies ergibt sich schon

¹⁴⁸ Quantz, S. 134.

¹⁴⁹ Hueck, Recht der OHG, S. 147; Weipert in RGRK zum HGB, § 113 HGB, Anm. 12; Schlegelberger-Gessler, HGB, § 113 HGB, Rdz. 11.

¹⁵⁰ Benisch, Kooperationsfibel, S. 85.

¹⁵¹ Larenz, Methodenlehre, S. 250.

¹⁵² Vgl. S. 46 und 50.

¹⁵³ Bartholomeyczik in Gem. Komm., § 22 GWB, Rdz. 34 a.E.; Benisch, WuW 1960, S. 842; 1961, S. 764; Sölter, S. 60; Steindorff, S. 13; Menze, WuW 1963, S. 581; vgl. auch die Übersicht bei Griesbach, BB 1962, S. 1011 ff; Königs, NJW 1961, S. 1041.

aus der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB und der Vorstellung von der Notwendigkeit der sozialen Marktwirtschaft, nach der das GWB konzipiert wurde¹⁵⁴. Die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft setzt in erster Linie das Bestehen eines Wettbewerbes voraus, ohne dabei zunächst an einen Individualschutz zu denken. Die Frage, ob neben dem Schutz des Wettbewerbes als Institution noch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des einzelnen geschützt wird¹⁵⁵ und in welcher Rangfolge diese verschiedenen Schutzgüter stehen, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

§ 1 GWB will in erster Linie den Wettbewerb als Institution erhalten und alle Faktoren, die künstlich diesen Wettbewerb in irgendeiner Form einschränken, sollen, soweit sie vertraglich vereinbart werden, unwirksam sein¹⁵⁶.

Dieser Schutz des Wettbewerbs als Institution ist im Zusammenhang mit § 1 GWB nur in zweifacher Form möglich. Einmal könnte jede Vereinbarung, die irgendwie geeignet sein kann, den Wettbewerb zu beschränken, unwirksam sein, und zum anderen nur eine solche, die ihrem abstrakten Inhalt nach dazu geeignet ist. Wie schon ausgeführt^{156a}, hat der Gesetzgeber in § 1 GWB die Entscheidung im zweiten Sinn getroffen und nur abstrakte vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen untersagt. § 1 GWB kann damit nur insoweit den Wettbewerb schützen. Darüber hinaus kann auch im Wege des allgemeinen Schutzes des Wettbewerbs als Institution keine Erweiterung stattfinden, da sich andernfalls ein Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen ergäbe. Nur solche vertraglichen Vereinbarungen sind unwirksam, die ihrem abstrakten Inhalt nach einen Angriff auf die Wettbewerbsfreiheit enthalten. Alle anderen Vereinbarungen können nicht vom Kartellverbot des § 1 GWB erfaßt werden. Da aber die bloße Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ihrem abstrakten Inhalt nach keine Wettbewerbsbeschränkungen enthält^{156b}, ist sie nach § 1 GWB zulässig. Andernfalls würde man jede Gesellschaftsgründung durch Unternehmen, obwohl sie nach den Vorschriften des HGB, GmbHG, AktG und GenG möglich und vorgesehen ist, gleich, ob sie wettbewerbsbeschränkende Vertragsbestimmungen enthält oder nicht, für unzulässig erklären. Damit würde einmal die von § 1 GWB verlangte Differenzierung in Verträge mit wettbewerbsbeschränkendem Charakter und solche mit wettbewerbsneutralem Charakter aufgegeben und zum anderen entgegen den gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten die Gründung von Personal- und Kapitalgesellschaften durch selbständige Unternehmen zunichte gemacht. Der Sinn einer Rechtssetzung kann aber nicht darin bestehen, durch eine ausschließlich wörtliche Anwendung einer einzelnen Vorschrift das ganze System eines Rechtsinstituts – wie hier das Gesellschaftsrecht – außer Kraft zu setzen^{156c}.

Hinzu kommt ein weiterer mehr rechtspolitischer Aspekt für die Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen. Der Grund ergibt sich aus der Struktur der Ge-

¹⁵⁴ Maul, S. 63; Lehnich, S. 404 und 590.

¹⁵⁵ Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 227; Lukes, S. 28 ff., 184 ff., 299 ff.

¹⁵⁶ Hefermehl, BB 1962, Nr. 17 II.

^{156a} Vgl. S. 47 ff.

^{156b} Vgl. S. 50.

^{156c} Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 124/125.

sellschafterunternehmen bei den meisten Gemeinschaftsunternehmen, die sich vielfach aus kleinen und mittleren Unternehmen zusammensetzen. Diese Unternehmen, die in erster Linie zum Mittel der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen greifen, haben in vielen Fällen bei Beibehaltung ihres vollen Herstellungsprogramms, das sie aus eigenen Kräften nicht weiterentwickeln können, kaum noch eine wirtschaftliche Überlebenschance. Sie sind geradezu gezwungen, Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, um überhaupt noch als Wettbewerber auf dem Markt auftreten zu können und nicht einer weiteren Konzentration zum Opfer zu fallen¹⁵⁷. Der größte Feind der Wettbewerbsfreiheit ist aber die Konzentration in Form der Monopolisierung¹⁵⁸. Durch die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Teil der Produktion der Beteiligten übernimmt, kann der betreffende Einzelbetrieb der übrigen Produktion erhöhte Aufmerksamkeit schenken; das Gemeinschaftsunternehmen wie auch die Einzelunternehmen können somit in einen echten Wettbewerb zu den anderen teilweise größeren Unternehmen dieses Marktes treten und so eine zunehmende Monopolisierung verhindern.

Aber selbst, wenn Großunternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, wobei sie als Gesellschafterunternehmen untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleiben, wird der Wettbewerb weniger gefährdet als wenn sich Großunternehmen zu einem Konzern, Trust oder einer ähnlichen Verbindung zusammenschließen oder gar fusionieren. In allen diesen Fällen verlieren sie zumindest ihre wirtschaftliche Selbständigkeit, deren Erhaltung bei möglichst vielen Unternehmen ein echtes Anliegen des GWB ist und sein muß, da nur auf diese Weise eine große Zahl von Marktteilnehmern die uneingeschränkte Freiheit besitzt, sich markt- und wettbewerbsgerecht auf Grund eigener Initiative zu verhalten. Ebenso wettbewerbschädigend ist die – durch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen wenigstens teilweise beseitigte – Gefahr, daß Großunternehmen viele kleine und mittlere Unternehmen erwerben, die sie zum Ausbau ihrer Kapazität benötigen, und so völlig vom eigenständigen Wettbewerb ausschließen. Hinzu kommt, daß es in allen diesen Fällen für die beteiligten Unternehmen keine oder nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten gibt, sich aus dem Zusammenschluß zu lösen, während dies im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens für jedes einzelne Gesellschafterunternehmen entsprechend den gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen Vorschriften möglich ist. Das einzelne Gesellschafterunternehmen kann jederzeit wieder zu einem völlig unbeeinflussten Wettbewerber werden.

Die Entwicklung zur wettbewerbsfeindlichen Monopolisierung wird folglich unabhängig von der Größe der Beteiligten durch die Möglichkeit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen stark eingeschränkt.

Vom Sinn und der Zwecksetzung des § 1 GWB her betrachtet, ist somit die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen – nur diese werden hier behandelt – nicht nur zulässig, sondern, zieht man den zuletzt behandelten Gesichtspunkt heran, geradezu erwünscht. Es bedarf hierzu keiner Heranziehung des Rechtscharakters des Gemeinschaftsunternehmens als »Erwerbsgesellschaft« im Gegen-

¹⁵⁷ Vgl. S. 28; *Rühle v. Lilienstern*, Konkurrenzfähiger, S. 158.

¹⁵⁸ Begr., S. 1067.

satz zur »Kartellgesellschaft«. Zwar ist das Gemeinschaftsunternehmen auf Grund seiner unternehmerischen Eigenständigkeit, die auf eine eigene Gewinnerzielung gerichtet ist, im Gegensatz zu den Kartellgesellschaften, die nur die Interessen der Mitgliedsunternehmen unmittelbar fördern¹⁵⁹, eine »Leistungserbringungs-«¹⁶⁰ oder »Erwerbsgesellschaft«. Allein aus diesem Unterschied die Zulässigkeit der Gemeinschaftsunternehmen herzuleiten¹⁶¹, ist bedenklich, da der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB trotz seiner Anlehnung an den Kartellbegriff der KV von 1923¹⁶² weiter reicht und sich nicht nur gegen Kartelle wendet¹⁶³.

Auch ohne Heranziehung dieser Begründung steht fest, daß § 1 GWB weder nach seinem Wortlaut noch nach seiner rechtspolitischen Zwecksetzung die Gründung und den Betrieb von Gemeinschaftsunternehmen verhindern will.

ddd) Ist somit nach der allgemeinen rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nicht unzulässig und entspricht sie sogar teilweise dieser Zwecksetzung, so muß auch ein Wettbewerbsverbot, das, soweit die Gefahr der Informationsausbeutung besteht, erst die Gründung ermöglicht, zulässig sein. Andernfalls würde entgegen dem Gesetzeszweck die Gründung solcher Gemeinschaftsunternehmen dennoch wieder unmöglich gemacht. Folglich ergibt sich aus der rechtspolitischen Zwecksetzung eine Einschränkung des bewußt weit gefaßten Wortlautes von § 1 GWB zugunsten des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes unter der Voraussetzung, daß eine Notwendigkeit für seine Vereinbarung besteht.

Sonst würde man in vielen Fällen nicht nur die »volkswirtschaftlich erwünschte Unternehmensform der OHG«¹⁶⁴, sondern auch alle anderen Gesellschaftsformen durch eine generelle Anwendung von § 1 GWB ausschließen.

eee) Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dieser Einschränkung von § 1 GWB noch um einen Fall der restriktiven Auslegung oder schon um eine Rechtsfortbildung handelt.

Eine Auslegung ist so lange vertretbar, wie der mögliche Wortsinn des Gesetzes das gewonnene Ergebnis noch deckt¹⁶⁵. Unter den generalklauselartig weit gefaßten Wortlaut von § 1 GWB läßt sich jedoch diese Einschränkung hinsichtlich des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes noch subsumieren. Denn nach seinem Wortlaut ist es möglich, daß nur *selbständige* Wettbewerbsbeschränkungen gemeint sind, nicht aber solche, die notwendige Bestandteile eines von der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 1 GWB erlaubten Vertrages sind. Gerade bei generalklauselartigen Tatbeständen ist die Grenze des möglichen Wortsinnes weit zu ziehen, da sie sonst infolge ihres weit gefaßten Wortlautes in vielen Fällen keiner einschränkenden Auslegung fähig wären.

¹⁵⁹ Huber, S. 286; Müller-Erzbach, S. 178; Baumbach-Duden, HGB, § 105 HGB, Anm. 3 A; Liefmann, S. 10; v. Brunn, S. 19.

¹⁶⁰ So Lutz, NJW 1960, S. 1833.

¹⁶¹ So Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 14.

¹⁶² Begr., S. 1064 und 1074.

¹⁶³ Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 52; Baumbach-Hefermehl, Allg. Grundlagen, Anm. 28; Quantz, S. 34.

¹⁶⁴ BGH WuW/E BGH 519.

¹⁶⁵ Vgl. S. 62.

Eine Lücke, die möglicherweise im Wege der Restriktion¹⁶⁶ auszufüllen wäre, liegt somit hinsichtlich des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes nicht vor.

fff) Dafür, daß das Gesetz eine Tendenz zu derartigen Einschränkungen enthält, spricht im übrigen § 23 GWB. In dieser Vorschrift wurde von der Einführung einer Erlaubnispflicht¹⁶⁷ abgesehen, da durch eine solche das vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus zu begrüßende Bestreben der Betriebe, sich zur optimalen Größe zu entwickeln, eingedämmt würde¹⁶⁸.

Aus der Begründung zu § 23 GWB ist besonders deutlich zu erkennen, daß das GWB bei voller Kenntnis der Tragweite seiner Verbots- und Erlaubnisbestimmungen stets eine *Abwägung* nach wettbewerblichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten vornimmt¹⁶⁹.

Im Falle der Unzulässigkeit des Wettbewerbsverbotes, soweit es zum Bestand eines Gemeinschaftsunternehmens notwendig ist, würde aber ebenfalls eine volkswirtschaftlich begrüßenswerte Entwicklung – die Eindämmung der Monopolisierung und das Überleben von kleinen und mittleren Betrieben gegenüber Großunternehmen – an ihrer vollen Entfaltung gehindert.

Von derartigen Erwägungen ausgehend, sind inzwischen auch weitere »außergesetzliche« Ausnahmen von § 1 GWB von Rechtsprechung und Literatur anerkannt worden, soweit sie feststehenden Rechtsgrundsätzen entsprechen und nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 1 GWB zulässig sind¹⁷⁰.

Unmittelbar vergleichbar mit der Frage der Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten bei Gemeinschaftsunternehmen sind in diesem Zusammenhang die Ausnahmen für Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften. Werden bei diesen Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart, die es beispielsweise erst ermöglichen, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben und dadurch mit anderen Unternehmen zu konkurrieren, so liegt keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB vor¹⁷¹. Auch hier erfordert die rechtspolitische Zwecksetzung von § 1 GWB eine Einschränkung des Wortlautes.

Das Ergebnis der Auslegung von § 1 GWB unter besonderer Berücksichtigung des rechtspolitischen Zweckes des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes lautet somit:

Das gesetzliche Wettbewerbsverbot ist in allen Fällen zulässig, in denen die Gefahr besteht, daß die Informationsmöglichkeiten der einzelnen Gesellschafter-

¹⁶⁶ *Enneccerus-Nipperdey*, Halbbd. I, § 59 II.

¹⁶⁷ Eine solche war in § 18 des Entwurfes zum GWB vorgesehen.

¹⁶⁸ Bericht, S. 27.

¹⁶⁹ Für diese Abwägung auch im Rahmen von § 1 GWB: *Tetzner*, S. 3; ähnlich *Hefermehl*, GRUR 1963, S. 386.

¹⁷⁰ Vgl. WuW/E BKartA 145, 149 (Doppelstecker); WuW/E BKartA 370, 372 (Handlöscher); *Müller-Henneberg* in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 56; noch weitergehender *Ballerstedt*, der im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Wettbewerbsverbot davon spricht, daß § 1 GWB niemandem ein »unanständiges« Verhalten auferlegen kann und gegenüber allgemeinen Anstandsgrundsätzen zurücktreten muß; vgl. *Ballerstedt*, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im GWB, S. 198.

¹⁷¹ *Benisch*, Betr. 1963, S. 1599; Kooperationsfibel des BMW, S. 30; TB 1959, S. 16; noch weitergehend *Sölter*, der diesen Gedanken der Wettbewerbsstärkung durch Wettbewerbsbeschränkungen allgemein unter dem Gesichtspunkt der Gegengewichtsbildung durch Kooperation subsumiert; vgl. *Sölter*, WRP 1965, S. 66/67; s. auch *Langen*, GWB, § 1 GWB, Rdz. 61.

unternehmen zu einer gesellschaftsschädigenden Ausbeutung führen. Dies gilt sowohl für Wettbewerbsverbote zur Zeit des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens, wie auch für solche nach Auflösung desselben, soweit sie Ausfluß des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes sind¹⁷² und eine Notwendigkeit für ihr Bestehen vorhanden ist.

In den Fällen, in denen die Gefahr einer solchen Informationsausbeutung nicht gegeben ist, muß § 1 GWB allerdings seine volle Wirkung entfalten und zur Unwirksamkeit des betreffenden Wettbewerbsverbotes führen.

Dies würde beispielsweise dann gelten, wenn das Gemeinschaftsunternehmen als eine AG mit einer umfassenden Zahl von Mitgliedern organisiert wird. Auf Grund der Tatsache, daß die einzelnen Gesellschafterunternehmen als Aktionäre keine oder nur unbedeutende Informationsrechte und -möglichkeiten haben¹⁷³, ist hier die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes unzulässig. Ferner ist ein Wettbewerbsverbot gemäß § 1 GWB unwirksam, wenn es über den sachlichen Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens hinausgeht. Dies ist dann der Fall, wenn vereinbart wird, daß Erzeugnisse, die das Gemeinschaftsunternehmen noch nicht herstellt, deren zukünftige Herstellung aber beabsichtigt ist, von den Gesellschafterunternehmen nicht erzeugt werden dürfen. Solange das Gemeinschaftsunternehmen auf diesem Gebiet nicht tätig wird, fehlt die Gefahr einer Informationsausbeutung und damit der Grund für die kartellrechtliche Zulässigkeit eines derartigen Wettbewerbsverbotes.

Die gleiche Einschränkung gilt für Gemeinschaftsunternehmen, mit deren Hilfe die Überproduktion der Gesellschafterunternehmen herabgesetzt werden soll. Ein solcher Fall liegt vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen insgesamt beispielsweise nur noch 50% der bisherigen Gesamtproduktion aller Gesellschafterunternehmen herstellen soll, während diese auf dem betreffenden Produktionsgebiet nicht mehr tätig werden dürfen. Bei einer derartigen Sachlage bedarf das Gemeinschaftsunternehmen keines Wettbewerbsverbotes, welches es vor einer Informationsausbeutung schützen muß.

Eine solche Notwendigkeit wird regelmäßig auch bei der Gründung und dem Betrieb von Funktionsgemeinschaften fehlen, die schon auf Grund ihres Zweckes, der in der unmittelbaren Förderung der einzelnen Gesellschafterunternehmen besteht, den »Kartellgesellschaften« nahe kommen¹⁷⁴. Die hier vertretene Auffassung gilt somit – das sei nochmals betont – lediglich für *Gemeinschaftsunternehmen*. Eine Betrachtung von der rechtspolitischen Zwecksetzung des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes aus rechtfertigt diese Unterscheidung, obwohl in Rechtsprechung und Literatur in der Behandlung dieser Frage kein Unterschied zwischen

¹⁷² *Baumbach-Duden*, HGB, § 112, 113 HGB, Anm. 1 A; BGH, BB 1961, S. 616; *Schlegelberger-Gessler*, HGB, § 112 HGB, Anm. 9.

¹⁷³ Aus diesem Grunde fehlt es bei der AG auch grundsätzlich an einem »gesetzesgleichen« Wettbewerbsverbot in der Art wie bei den anderen Gesellschaftsformen; anders mag es sich dagegen bei einer AG mit nur wenigen Aktionären verhalten, da hier der einzelne Aktionär eine viel größere Einsicht hat.

¹⁷⁴ Zu den Wettbewerbsverboten im Rahmen der Funktionsgemeinschaften s. Teil IV der Arbeit.

Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften gemacht wird, was zu mancherlei Mißverständnissen geführt hat¹⁷⁵.

hh) Aus dem GWB selbst ergibt sich jedoch noch eine weitere Einschränkung.

Auch Wettbewerbsbeschränkungen, die infolge der §§ 2 bis 8 GWB aus wirtschaftlichen Gründen ausnahmsweise zulässig sind, sollen nur dann Wirksamkeit haben, wenn die Gewähr gegeben ist, daß sie nicht zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen oder den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt vollkommen ausschließen¹⁷⁶. Sie können somit nur dann für zulässig erklärt werden, wenn für die Marktgegenseite weiterhin Wahlmöglichkeiten innerhalb dieses Marktes bestehen oder sie keine unbilligen Nachteile in Kauf nehmen muß¹⁷⁷.

Daraus folgt, daß auch das gesetzliche Wettbewerbsverbot nur solange nicht unter § 1 GWB fällt, wie trotz seines Bestehens noch ein Wettbewerb auf dem betreffenden Markt möglich ist. Hat die Marktgegenseite überhaupt keine Wahlmöglichkeiten mehr, so muß § 1 GWB seine volle Gültigkeit entfalten. Denn eine *Monopolisierung* auf dem Wege der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen muß ebenso vom Verbot des § 1 GWB getroffen werden wie eine solche mittels bloßer zwischenbetrieblicher Absprachen. Wie schon erwähnt, entspricht die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nicht zuletzt deswegen der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB, weil dadurch eine wettbewerbsbeschränkende Konzentration verhindert wird¹⁷⁸. Infolgedessen muß das Wettbewerbsverbot, das zur Gründung solcher Gemeinschaftsunternehmen notwendig ist, in allen den Fällen unwirksam sein, in denen es zu einer Monopolisierung führt.

Folgendes Beispiel möge zur Verdeutlichung dienen:

Alle Hersteller von Haushaltskühlchränken gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, das nunmehr allein Haushaltskühlchränke produziert, während sich seine Gesellschafterunternehmen einer anderen Tätigkeit zuwenden. Wird ein Wettbewerbsverbot vereinbart, so hat dies zur Folge, daß allein das Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt für Haushaltskühlchränke auftritt und auf diesem Markt zunächst jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen ist.

Gegen die Auffassung, das Wettbewerbsverbot sei bei völligem Wettbewerbsausschluß unzulässig, kann im übrigen nicht eingewandt werden, es könne auch bei Zusammenschlüssen i. S. von § 1 GWB zu einem völligen Ausschluß der Wahlmöglichkeiten der Marktpartner kommen, ohne daß das Gesetz dies untersage.

Zwischen diesem Fall und einem Wettbewerbsverbot, das *jeden* Wettbewerb auf einem Markt ausschließt, besteht ein gewisser Unterschied. Bei einem Einzelunternehmen, das beispielsweise durch eine Fusion entstanden ist, sieht sich ein

¹⁷⁵ So übersieht auch *Quantz* (S. 144), der sich ebenfalls ohne eine solche Unterscheidung für eine generelle Unzulässigkeit des Wettbewerbsverbotes ausspricht, daß die Autoren, die er für seine Auffassung anführt, lediglich Wettbewerbsverbote bei Funktionsgemeinschaften oder anderen Kooperationsformen für unzulässig halten; so *Benisch*, WuW 1958, S. 273 für Verkaufsgemeinschaften; *Deringer*, WuW 1958, S. 36 für Arbeitsgemeinschaften; *Frankf. Komm.*, Einl., Tz. 130 und 131 für Gewinngemeinschaften; *Rinck*, Rdnr. 619, S. 178 für Einkaufsgemeinschaften.

¹⁷⁶ Vgl. §§ 3 I, 4, 5 II, Satz 2, 5 III GWB.

¹⁷⁷ *Deringer* in *Gem. Komm.*, § 5 GWB, Rdz. 87.

¹⁷⁸ Vgl. S. 71.

potentieller Konkurrent nur einem einzelnen Unternehmensgebilde gegenüber. Hier ist der Anreiz für den potentiellen Konkurrenten größer als in dem Fall, in dem mehrere Einzelunternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, das jetzt allein den Markt beherrscht. Bei einer solchen Kräftermassierung wird einmal der potentielle Konkurrent von der Gründung eines Konkurrenzunternehmens in erhöhtem Maße abgeschreckt, und zum anderen ist es für ihn tatsächlich schwieriger, einer Unternehmensgruppe gegenüberzutreten als einem marktbeherrschenden Einzelunternehmen. Die weitere Folge ist, daß es auch zukünftig für die Marktpartner keine weiteren Wahlmöglichkeiten geben wird. Der Wettbewerb als Institution ist bis auf weiteres auf diesem Markt ausgeschaltet. Durch diese erhöhte Gefahr für den Wettbewerb unterscheidet sich im Rahmen eines Monopolmarktes ein Zusammenschluß nach § 23 GWB von der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens. Schon dieser Unterschied rechtfertigt eine andersartige rechtliche Bewertung, abgesehen davon, daß § 23 GWB auf die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ohnehin nicht anwendbar ist.

In einem solchen Falle ist es auch ohne Bedeutung, ob es sich dabei um Klein-, Mittel- oder Großunternehmen handelt. Entscheidend ist allein der völlige Ausschluß der Wahlmöglichkeiten für die Marktpartner.

Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, dessen Gesellschaftsvertrag ein Wettbewerbsverbot enthält, ist demnach zu prüfen, ob bei Durchführung dieses Wettbewerbsverbotes der Marktgegensseite überhaupt noch Wahlmöglichkeiten offen stehen, sei es durch das Angebot gleicher oder marktgleichwertiger Erzeugnisse. Bestehen solche Wahlmöglichkeiten, so ist das betreffende Wettbewerbsverbot ohne weitere Einschränkung zulässig, soweit es grundsätzlich nicht unter § 1 GWB fällt¹⁷⁹.

ii) Es bleibt noch die Frage zu klären, ob diese kartellrechtliche Beurteilung des Wettbewerbsverbotes unterschiedslos nur bei personalistischer Beteiligung – wie in der Regel bei OHG, KG und BGB-Gesellschaft – gilt¹⁸⁰, oder auch bei kapitalistischer Beteiligung, wie sie regelmäßig bei einer GmbH gegeben ist.

Oft wird es allerdings bei Gesellschaftsgründungen zu anderen als vom Gesetz vorgesehenen Formen kommen. So ist es in der Praxis häufig, daß bei einer OHG einer der Gesellschafter tätig mitarbeitet, während die anderen Gesellschafter nur ihre Einlage leisten. Umgekehrt verhält es sich oft bei einer GmbH. Bei nur wenigen Gesellschaftern, die meist auch persönlich stark mit der Gesellschaft verbunden sind, ist man einer OHG näher als dem Regelfall einer kapitalistischen GmbH.

Da bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen die Rechtsform der GmbH häufig gewählt wird, kommt es ganz besonders auf die Frage an, ob bei der Beurteilung des Wettbewerbsverbotes ein Unterschied zwischen OHG, KG

¹⁷⁹ Vgl. S. 74.

¹⁸⁰ In diese Richtung tendiert der BGH, soweit er überhaupt die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbotes annimmt; vgl. BGH WuW/E BGH 519; ähnlich *Magen*, BB 1963, S. 333; *Hefermehl*, GRUR 1963, S. 386.

und BGB-Gesellschaft einerseits und GmbH andererseits zu machen ist. Allein entscheidend ist, worin Sinn und Zweck des Wettbewerbsverbotes bestehen, und ob diese bei kapitalistisch und personalistisch organisierten Gesellschaften verschieden sind. Wie schon festgestellt, ist der rechtspolitische Zweck des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes allein der Schutz der Gesellschaft vor einer gesellschaftsschädigenden Konkurrenz durch die eigenen Gesellschafter infolge einer Informationsausbeutung¹⁸¹. Ebenso verhält es sich bei den übrigen gesellschaftlichen Wettbewerbsverboten. Eine derartige Gefahr besteht aber sowohl bei einer personalistisch organisierten OHG, bei der alle Gesellschafter mitarbeiten, als auch bei einer kapitalistisch ausgestalteten OHG, bei der von einem oder mehreren Gesellschaftern nur Kapitaleinlagen geleistet wurden. Auch die nicht mitarbeitenden Gesellschafter haben kraft Gesetzes die gleichen Informationsrechte und -möglichkeiten und können diese ebenso zum Schaden der Gesellschaft verwenden wie die mitarbeitenden Gesellschafter. In bezug auf den rechtspolitischen Zweck des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes besteht also kein Unterschied zwischen personalistisch und kapitalistisch ausgestalteter OHG. Infolgedessen darf bei der Zulässigkeit des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes bei einer OHG oder BGB-Gesellschaft kein Unterschied zwischen einer mehr personalistischen oder mehr kapitalistischen Organisationsform gemacht werden¹⁸².

Bei einer GmbH gilt dies allerdings nicht im gleichen Maße. Hier ist ein Wettbewerbsverbot allenfalls zulässig, wenn die GmbH personalistisch strukturiert ist¹⁸³. Denn nur, wenn wenige Gesellschafter vorhanden sind, die, wie bei einem Gemeinschaftsunternehmen üblich, ein bestimmtes Ziel erreichen wollen, ist ein Wettbewerbsverbot angebracht und von gleichem schutzwürdigen Interesse wie bei einer OHG, KG und BGB-Gesellschaft. Hier ist durch Informationsmöglichkeiten die Gefahr gegeben, daß das gemeinsame Gesellschaftsziel beeinträchtigt wird. Bei einer großen Zahl von Gesellschaftern besteht eine solche Gefahr in diesem Maße grundsätzlich nicht.

Das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit ist aber in jedem Falle die Notwendigkeit eines solchen Wettbewerbsverbotes für das Bestehen und die Lebensfähigkeit des betreffenden Gemeinschaftsunternehmens. Auch bei einer AG, die nur aus wenigen Aktionären besteht, ist – entsprechend der personalistischen GmbH – ein Wettbewerbsverbot im Einzelfall soweit zulässig, als dessen Einhaltung notwendig ist, um das betreffende Gemeinschaftsunternehmen vor schädigenden Informationsausbeutungen zu schützen.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß das Wettbewerbsverbot im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens – soweit es grundsätzlich nicht unter § 1 GWB fällt¹⁸⁴ – generell dann zulässig ist, wenn es sich um eine OHG, KG, BGB-Gesellschaft oder eine personalistisch strukturierte GmbH handelt und es

¹⁸¹ Vgl. S. 67.

¹⁸² *Lieberknecht-Gnauk*, BB 1963, S. 1074; *Götz*, JuS 1963, S. 390.

¹⁸³ *Benisch*, Kooperationsfibel, S. 84.

¹⁸⁴ Vgl. S. 74.

infolge dieses Wettbewerbsverbotes nicht zu einem völligen Erliegen des Wettbewerbes auf dem entsprechenden Markt kommt¹⁸⁵.

b) Eingeschränkte und sonstige vertragliche Wettbewerbsverbote

Auf Grund des dispositiven Charakters des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ist es den Gesellschafterunternehmen freigestellt, entweder das gesamte Wettbewerbsverbot auszuschließen, wenn sie der Überzeugung sind, dessen Schutz entbehren zu können, oder es nur zum Teil und in bestimmter Hinsicht in Kraft zu lassen.

Als Beispiel mögen folgende Vereinbarungen dienen:

Die Gesellschafterunternehmen verpflichten sich, nicht mehr als eine bestimmte Menge der Erzeugnisse herzustellen, die das Gemeinschaftsunternehmen produziert, oder diese Erzeugnisse nicht unter dem Preis abzusetzen, zu dem sie auch das Gemeinschaftsunternehmen anbietet, oder dem Gemeinschaftsunternehmen einen bestimmten örtlichen Absatzbereich ausschließlich zu überlassen.

Gesellschaftsrechtlich sind alle diese Vereinbarungen grundsätzlich ohne weiteres möglich. Fraglich ist allerdings, inwieweit sie auch kartellrechtlich zulässig sind.

Die Vereinbarungen von Kapazitätsbeschränkungen, Preisangleichungen und Gebietsabgrenzungen im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages stellen ihrem Inhalt nach eine Wettbewerbsbeschränkung der Beteiligten dar, da diese dadurch in ihrer Handlungsfreiheit beim Verkehr mit der Marktgegenseite und in ihren Chancen eingeschränkt werden. Liegt im betreffenden Fall auch eine konkrete Marktbeeinflussung vor, so ist der Tatbestand von § 1 GWB erfüllt.

Es liegt nunmehr die Auffassung nahe, daß, wenn schon das gesamte Wettbewerbsverbot entgegen § 1 GWB zulässig ist, dies erst recht für eingeschränkte Wettbewerbsverbote gelten muß¹⁸⁶. Denn auch ein solches eingeschränktes Wettbewerbsverbot ist möglicherweise zum Bestand eines Gemeinschaftsunternehmens notwendig.

Das uneingeschränkte Wettbewerbsverbot besitzt gegenüber § 1 GWB nur deshalb einen Vorrang, weil sein Schutz zum Bestand der jeweiligen Gesellschaft grundsätzlich erforderlich ist und ohne ihn in den meisten Fällen die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen verhindert wird.

¹⁸⁵ Auch die h.M. hält im Ergebnis, wenn auch mit verschiedener Begründung und mit verschiedenen Abgrenzungen, das gesellschaftliche Wettbewerbsverbot für zulässig; vgl. die entsprechenden Nachweise bei den Erörterungen über die kartellrechtliche Zulässigkeit des Wettbewerbsverbotes; a.M., Lutz, NJW 1960, S. 1833, 1834; Klaue, WuW 1961, S. 323, 325; Quantz, S. 137; BKartA, TB 1959, S. 26 und TB 1961, S. 52, jedoch kam es dabei zu keiner endgültigen Entscheidung, da die Beteiligten von sich auf das Wettbewerbsverbot verzichteten; BGH WuW/E BGH 359 (Glasglühkörper). Nach der neuesten Entscheidung des BGH (WuW/E BGH 519, Filmtheater-OHG) ist allerdings fraglich, ob dies aufrechterhalten wird; s. hierzu Möhring, NJW 1963, S. 83; vgl. auch BKartA, TB 1963, S. 57, wo das Wettbewerbsverbot eines Kommanditisten unter Heranziehung dieser Entscheidung des BGH für zulässig erklärt wird.

¹⁸⁶ In diesem Sinne Lutz, NJW 1963, S. 627.

Verzichten aber die Gesellschafterunternehmen auf Grund des dispositiven Charakters des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes auf diesen Schutz, so geben sie zu erkennen, daß das betreffende Gemeinschaftsunternehmen auch ohne ein solches Wettbewerbsverbot lebensfähig ist. Damit entfällt jedoch gleichzeitig der Schutzzweck als Grund für die Zulässigkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes gegenüber § 1 GWB. Eine Kapazitätsbeschränkung oder Preisabsprache mag zwar für das betreffende Gemeinschaftsunternehmen nützlich sein, keinesfalls wird es jedoch ohne solche Vereinbarungen in seinem Bestand so gefährdet wie durch ein fehlendes Wettbewerbsverbot. Denn solche Vereinbarungen sind nicht zum Schutz, sondern allenfalls zur Stärkung des Gemeinschaftsunternehmens gedacht. Überdies wird durch solche Absprachen auch nicht der Gefahr der Informationsausbeutung begegnet, die in erster Linie die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes begründet.

Alle Vereinbarungen außerhalb des uneingeschränkten gesetzlichen Wettbewerbsverbotes sind infolgedessen, soweit sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, gemäß § 1 GWB unwirksam.

Sie können allenfalls noch im Wege der gesetzlichen Ausnahmen für zulässig erklärt werden. Vor allem kann dies im Wege eines Rationalisierungs- oder Spezialisierungskartells gemäß §§ 5 und 5a GWB versucht werden.

Das gleiche gilt für alle sonstigen vertraglichen Wettbewerbsverbote zwischen den Gesellschafterunternehmen, soweit sie nicht dem Umfang der gesetzlichen Wettbewerbsverbote entsprechen, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie mehr oder weniger Einschränkungen enthalten.

4. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens

Bisher wurde die Frage behandelt, wie Regelungen über die weitere wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschafterunternehmen nach dem GWB zu beurteilen sind. Nunmehr taucht die Frage auf, wie es sich im umgekehrten Fall verhält, wenn im Rahmen des Gesellschaftsvertrages oder in späteren Gesellschafterbeschlüssen Regelungen über die weitere wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens getroffen werden.

a) Wettbewerbsverbote zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens

In vielen Fällen liegt es nahe, dem Gemeinschaftsunternehmen ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen. Danach darf das Gemeinschaftsunternehmen beispielsweise ein bestimmtes Produkt, das auch die Gesellschafterunternehmen herstellen, nicht selbst erzeugen oder es nur auf einem bestimmten Markt vertreiben. Meist wird es sich um eingeschränkte Wettbewerbsverbote handeln, falls das Gemeinschaftsunternehmen die gleiche wirtschaftliche Tätigkeit wie seine Gesellschafter ausübt.

aa) Im Falle der Festlegung solcher Wettbewerbsverbote zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens wird zwar durch Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck

eine Wettbewerbsbeschränkung vereinbart, jedoch nicht mit Wirkung für die Vertragschließenden, sondern mit Wirkung für einen Dritten, das Gemeinschaftsunternehmen. Schon deshalb soll nach Auffassung des BWM ein solches Wettbewerbsverbot zulässig sein¹⁸⁷. Die Beschränkung eines nicht am Vertrag Beteiligten fällt zwar grundsätzlich nicht unter § 1 GWB¹⁸⁸. Dies kann aber nur gelten, wenn dieser Dritte nicht zur Einhaltung der betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen verpflichtet werden kann, da dann keine Gefährdung des Wettbewerbes besteht. Anders muß es sich jedoch verhalten, wenn dieser Dritte von den Vertragschließenden abhängig ist oder dessen Weisungen unterliegt, wie es bei dem Gemeinschaftsunternehmen der Fall ist. Die Tatsache allein, daß das Gemeinschaftsunternehmen nicht unmittelbar am Vertragsabschluß beteiligt ist, kann folglich die Zulässigkeit derartiger Wettbewerbsverbote zu seinen Lasten nicht begründen.

bb) Derartige Wettbewerbsverbote sind dennoch, wenn auch aus anderen Gründen, zulässig.

§ 1 GWB will verhindern, daß Unternehmen ihren bestehenden oder künftigen Wettbewerb in irgendeiner Weise beschränken oder ausschließen. Eine Verschlechterung der Wettbewerbslage auf dem betreffenden Markt soll dadurch verhindert werden. Durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wird ein neuer Wettbewerber geschaffen. Insofern wird der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt verstärkt und nicht verringert. Selbst wenn diesem von anderen Wettbewerbern geschaffenen Gemeinschaftsunternehmen ein völliges oder eingeschränktes Wettbewerbsverbot auferlegt wird, tritt keine Verschlechterung der gesamten Wettbewerbslage ein. Schaffen sich Wettbewerber *künstlich* einen weiteren Wettbewerber, so müssen sie ihn auch so gestalten können, wie sie es beabsichtigen. Dem steht § 1 GWB nicht entgegen. Denn dadurch verpflichten sich die Gesellschafterunternehmen, weder ihren bestehenden noch ihren künftigen Wettbewerb in irgendeiner Form einzuschränken.

cc) Hinzu kommt, daß auf Grund der gesellschaftlichen Weisungsrechte, die die Gesellschafterunternehmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen besitzen und kraft deren sie ihm Einschränkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit ohnehin gebieten können¹⁸⁹, Wettbewerbsverbote zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens nur deklaratorisch vereinbart werden und nicht konstitutiv, wie § 1 GWB es erfordert¹⁹⁰.

dd) Das gleiche gilt, wenn ein anteilig erworbenes bestehendes Unternehmen als Gemeinschaftsunternehmen fortgeführt wird.

Hier wird kein neuer Wettbewerber künstlich geschaffen, da das betreffende Unternehmen schon vor dem Erwerb bestand. Auf Grund des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und seinen Gesellschafterunternehmen sind jedoch alle Einschränkungen, die dem Gemeinschafts-

¹⁸⁷ Vgl. Kooperationsfibel des BWM, S. 31; ähnlich TB 1963, S. 64.

¹⁸⁸ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 29; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 34; a. M. Tetzner, S. 14.

¹⁸⁹ TB 1963, S. 64, S. 19; Tetzner, S. 13; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 44.

¹⁹⁰ Vgl. S. 32/33.

unternehmen auferlegt werden, kartellrechtlich zulässig. Denn auch in diesen Fällen werden die betreffenden Einschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens nicht konstitutiv, sondern rein deklaratorisch vertraglich festgelegt, da das Gemeinschaftsunternehmen schon auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Weisungsgebundenheit derartigen Beschränkungen Folge zu leisten hat.

Infolgedessen ist sowohl die Vereinbarung eines völligen wie auch eines eingeschränkten Wettbewerbsverbotes zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens kartellrechtlich zulässig und stellt weder einen Verstoß gegen § 1 GWB noch gegen sonstige kartellrechtliche Vorschriften dar.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit vereinbarter Weisungsrechte gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen

Bei den meisten Gesellschaftsgründungen werden schon im Gesellschaftsvertrag gewisse Weisungsbefugnisse der Gesellschafter hinsichtlich der wirtschaftlichen Leitung des Gemeinschaftsunternehmens festgelegt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in Form einer GmbH organisiert ist, um so neben der Geschäftsführung Einfluß auf die Lenkung des Unternehmens zu besitzen.

Als Beispiel für solche Vertragsbestimmungen soll eine Vereinbarung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages eines Gemeinschaftsunternehmens der Bimssteinindustrie dienen, die bestimmt, daß das Gemeinschaftsunternehmen nur dann produzieren darf, wenn es die entsprechenden Anweisungen von den Gesellschafterunternehmen erhält. Es sollte erreicht werden, mit Hilfe des Gemeinschaftsunternehmens jederzeit den Markt zu regulieren und im Hinblick auf eine starke Nachfrage die Ansiedlung neuer Konkurrenzbetriebe auszuschalten.

Ähnlich wie im Falle des Wettbewerbsverbotes zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens wird auch hier dem Gemeinschaftsunternehmen von vornherein nicht die volle wirtschaftliche Freiheit gegeben. Der Unterschied zur Auferlegung von Wettbewerbsverboten besteht darin, daß das Gemeinschaftsunternehmen nicht bestimmten Beschränkungen unterliegt, sondern, daß den Gesellschafterunternehmen das Recht eingeräumt wird, dem Gemeinschaftsunternehmen jederzeit Weisungen hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Betätigung zu erteilen.

Für die Zulässigkeit solcher Abreden ist wiederum nicht die Tatsache, daß das Gemeinschaftsunternehmen an solchen Abmachungen nicht beteiligt ist, ausschlaggebend, sondern vielmehr – ebenso wie bei den Wettbewerbsverboten zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens – dessen besonderer Charakter und sein Rechtsverhältnis zu seinen Gesellschafterunternehmen.

Die Gesellschafterunternehmen, die es dem Gemeinschaftsunternehmen erst ermöglichen, in den Wettbewerb einzutreten, müssen auch das Recht haben, diesen neuen Wettbewerber zu lenken und ihn gegebenenfalls sogar wieder zu beseitigen.

Darüber hinaus besteht schon nach dem gesetzlichen Leitbild des Gesellschaftsrechts infolge der Geschäftsführungsbefugnisse und der Weisungsrechte keine völlige Wettbewerbsfreiheit des Gemeinschaftsunternehmens, die durch § 1 GWB geschützt werden kann. Auch in diesen Fällen fehlt es, da das Gemeinschaftsunter-

nehmen schon auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Abhängigkeit von den Gesellschafterunternehmen deren Weisungen befolgen muß, an konstitutiven Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen.

Die Festlegung genereller Weisungsrechte und -befugnisse gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen ist folglich dem Anwendungsbereich von § 1 GWB entzogen.

5. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelabreden zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und einzelnen Gesellschafterunternehmen

Während bisher davon ausgegangen wurde, daß zwischen den einzelnen Gesellschafterunternehmen kollektive Vereinbarungen getroffen wurden, kann es auch zwischen einem einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen zu Abreden kommen, die einer kartellrechtlichen Untersuchung zu unterziehen sind. Diese Absprachen sind kartellrechtlich jedoch nur dann von Bedeutung, wenn die Beteiligungsrechte des betreffenden Gesellschafterunternehmens es diesem nicht erlauben, das Gemeinschaftsunternehmen *allein* seinen Anweisungen zu unterwerfen¹⁹¹.

a) Vereinbarung eines völligen Wettbewerbsverbotes

Teilweise kommt es vor, daß zwischen einem einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen ein völliges Wettbewerbsverbot vereinbart wird. In diesem Fall verpflichtet sich das betreffende Gemeinschaftsunternehmen zu einer teilweisen Aufgabe seiner eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit. Soweit diesem Wettbewerbsverbot ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt, z. B. die Rationalisierung auf einem bestimmten Wirtschaftsgebiet, ist § 1 GWB heranzuziehen. Denn zur Anwendung von § 1 GWB genügt es, wenn die betreffende Vereinbarung auf einem gemeinsamen Zweck beruht; die Form eines Gesellschaftsvertrages ist nicht unbedingt erforderlich¹⁹².

Fehlt es an einem gemeinsamen Zweck, so sind allenfalls die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar, sofern ein solches Wettbewerbsverbot unter einen dieser Tatbestände subsumierbar ist.

In der Wirklichkeit werden solche völligen Wettbewerbsverbote jedoch kaum vorkommen. Ist ein kollektiv vereinbartes Wettbewerbsverbot gültig¹⁹³, so werden die Gesellschafterunternehmen ein solches, falls es für das Gemeinschaftsunternehmen erforderlich ist, vereinbaren und sich nicht der Gefahr aussetzen, bei Einzelabmachungen gegen § 1 GWB oder eine andere Vorschrift des GWB zu verstoßen.

¹⁹¹ Vgl. S. 33.

¹⁹² Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 18; Rinck, S. 178, Rdnr. 617.

¹⁹³ Vgl. S. 73.

b) Vereinbarungen eingeschränkter Wettbewerbsverbote

Häufiger wird es vorkommen, daß eingeschränkte Wettbewerbsverbote zwischen einem einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen vereinbart werden; etwa in der Form, daß sich das betreffende Gesellschafterunternehmen verpflichtet, eine bestimmte Kapazität einzuhalten oder seine Preise denen des Gemeinschaftsunternehmens anzugleichen.

Liegt einer solchen Absprache ein gemeinsamer Zweck zugrunde, wie es der Regelfall sein wird, so ist wiederum § 1 GWB anwendbar. Ist dies nicht der Fall, so sind die §§ 15 bis 21 GWB heranzuziehen, ohne daß es auf die Art der betreffenden Vereinbarung ankommt. Die tatbestandliche Einschränkung, daß nur Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen von den §§ 15 bis 21 GWB erfaßt sein sollen, bedeutet lediglich, daß sich der Erstvertrag, ebenso wie der Zweitvertrag, seinem Gegenstand nach auf Waren oder gewerbliche Leistungen beziehen oder zumindest damit zusammenhängen muß. Sie besagt nicht, daß dieser Erstvertrag den Austausch einer Ware oder gewerblichen Leistung zum Gegenstand haben muß. Dies ergibt sich schon daraus, daß die gesetzliche Begründung zwar Kauf-, Miet- und Pachtverträge als *Hauptbeispiele* für die Erstverträge in den §§ 15 bis 21 GWB anführt, andere Verträge, denen das Element des gemeinsamen Zweckes fehlt, jedoch nicht ausschließt¹⁹⁴. Die Bindung innerhalb eines Kauf-, Miet- oder Pachtvertrages mag zwar der typische Fall eines Vertrages sein, der in den §§ 15 bis 21 GWB gemeint ist, er ist es aber nicht allein. Andernfalls könnten diese Vorschriften jederzeit dadurch umgangen werden, daß die Vertragspartner nicht im Rahmen des Kaufvertrages, sondern in einem zusätzlichen selbständigen Vertrag solche Bindungen vereinbaren. Gerade dies würde aber dem Sinn dieser Vorschriften, die den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zur Gestaltung des Inhalts von Individualverträgen und damit der Wettbewerbsfreiheit des gebundenen Vertragspartners bezwecken¹⁹⁵, offensichtlich zuwiderlaufen. Überdies spricht, zumindest mittelbar, der Wortlaut der §§ 15 und 18 GWB für diese Auslegung. Er besagt, daß auch Beschränkungen hinsichtlich *anderer*, d. h. nicht gelieferter Waren oder gewerblicher Leistungen unwirksam sind oder der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterstehen. Infolgedessen müssen auch solche Beschränkungen, die in selbständigen Individualverträgen vereinbart werden, unter die §§ 15 bis 21 GWB fallen¹⁹⁶, soweit sie sich nur auf Waren und nicht etwa auf Grundstücke oder Patente¹⁹⁷ oder andere Gegenstände, die nicht Waren i. S. der §§ 15 bis 21 GWB sind, oder auf gewerbliche Leistungen beziehen. Andernfalls dürfte auch nicht die Verpflichtung, gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme nur noch bestimmte Marktbereiche zu beliefern, unter diese Vorschriften fallen, obwohl diese geradezu ein Musterbeispiel für die Beschränkung der in § 18 GWB geschützten Abschlußfreiheit darstellt¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Begr., S. 1083 unter 3.

¹⁹⁵ Schwartz in Gem. Komm., § 15 GWB, Rdz. 2.

¹⁹⁶ Im Ergebnis ebenso: Schwartz in Gem. Komm., § 15 GWB, Rdz. 4, 6; Baumbach-Hefermehl, § 15 GWB, Anm. 6; § 18 GWB, Anm. 1.

¹⁹⁷ Hier gilt § 20 GWB.

¹⁹⁸ Schwartz in Gem. Komm., § 15 GWB, Rdz. 1 a. E.

Für Vereinbarungen, die eine Preisharmonisierung oder sonstige Beschränkungen in der Freiheit des Inhalts abzuschließender Verträge enthalten, ist infolgedessen § 15 GWB heranzuziehen. Beschränkungen in der Abschlußfreiheit, etwa an bestimmte Abnehmer oder in bestimmten Marktbereichen nicht zu liefern, unterliegen dagegen § 18 GWB.

Für die Verpflichtung von Kapazitäts- und Produktionsbeschränkungen gibt es im Rahmen der §§ 15 bis 21 GWB allerdings keinen generellen Tatbestand. § 15 GWB ist weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Zweck, der die Sicherung der Freiheit hinsichtlich des Inhalts abzuschließender Verträge mit Dritten beabsichtigt, anwendbar¹⁹⁹. Auch § 18 GWB ist zunächst nicht heranzuziehen, da er nur die Sicherung der Abschlußfreiheit, nicht aber die der gesamten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zum Inhalt hat.

Es spricht jedoch einiges dafür, § 18 I Nr. 2 GWB dennoch anzuwenden. Denn wenn schon die Absatzbeschränkung der Mißbrauchsaufsicht unterliegt, dann muß das gleiche erst recht für die Beschränkung gelten, die später abzusetzenden Waren erst gar nicht herzustellen²⁰⁰.

c) Beitragsvereinbarungen

Bei Beitragsvereinbarungen, die zwischen einem einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen abgeschlossen werden, wird regelmäßig der gemeinsame Zweck fehlen. Hier verhält es sich nicht anders als bei einem Kauf-, Miet- oder Pachtvertrag. § 1 GWB ist infolgedessen in diesen Fällen nicht anwendbar. Soweit im Zusammenhang damit Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden, liegen allenfalls die §§ 15 bis 21 GWB vor. Eine Beschränkung der Abschluß- oder Inhaltsfreiheit für Verträge, die das betreffende Gesellschafterunternehmen mit Dritten abschließen will, wird damit jedoch in den wenigsten Fällen verbunden sein. Die Verpflichtungen, die eingebrachten Patente nicht mehr zu gebrauchen oder den eingebrachten Kundenkreis nicht mehr zu beliefern, erfüllen allerdings die Tatbestände der §§ 18 I Nr. 1 oder 18 I Nr. 2 GWB und unterliegen somit der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde.

B. Gemeinschaftsunternehmen, die völlig neuartige Erzeugnisse oder gewerbliche Leistungen erbringen

Bei den bisherigen Erörterungen wurde davon ausgegangen, daß das Gemeinschaftsunternehmen die gleichen Erzeugnisse wie seine Gesellschafterunternehmen herstellt oder die gleichen gewerblichen Leistungen erbringt oder diese Tätigkeit jeweils übernimmt. Fast ebenso häufig ist der Fall, daß das Gemeinschaftsunternehmen sich mit der Herstellung neuer Produkte oder der Erbringung neuartiger gewerblicher Leistungen beschäftigen soll, da die einzelnen Gesellschafterunternehmen *allein* dazu nicht in der Lage sind²⁰¹.

¹⁹⁹ A. M. Baumbach-Hefermehl, § 15 GWB, Anm. 12.

²⁰⁰ So Fikentscher in Anm. zum Glasglühkörperurteil des BGH, WuW/E BGH 365, 367.

²⁰¹ Vgl. Beispiel 2, S. 15.

Im Rahmen derartiger Gemeinschaftsunternehmen ergibt sich eine Besonderheit, die möglicherweise Auswirkungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeit einzelner Vertragsbestimmungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages hat.

Im Regelfall werden sich die neuartigen Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen auf einem neuen oder zumindest anderen Markt als die Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen der Gesellschafterunternehmen befinden, so daß Gesellschafter- und Gemeinschaftsunternehmen nicht mehr in einem Wettbewerbsverhältnis stehen.

Im Einzelfall kann es jedoch vorkommen, daß die neuartigen Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen geeignet sind, die von den Gesellschafterunternehmen erbrachten Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen zu ersetzen, da sie den gleichen wirtschaftlichen Bedürfnissen wie diese dienen. Sind sie darüber hinaus nicht nur gleich verwendbar, sondern auch *marktgleichwertig*, so befinden sich Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen trotz verschiedener wirtschaftlicher Tätigkeit auf dem gleichen Markt, da sie insoweit in Substitutionskonkurrenz stehen. Eine solche Marktgleichwertigkeit besteht dann, wenn die Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens bei gleichzeitigem Angebot auf demselben räumlichen Markt das Angebot der von den Gesellschafterunternehmen hergestellten Erzeugnisse oder erbrachten gewerblichen Leistungen in den Geschäftsbedingungen, besonders im Preis, auch nur fühlbar beeinflussen können, weil die Marktgegenseite sie für einen bestimmten Bedarf miteinander abwägend vergleicht²⁰². Ist dies der Fall, so besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen.

1. Substitutionskonkurrenz zwischen Gemeinschafts- und Gesellschafterunternehmen

a) Gründungsvereinbarung

Die Gründung eines derartigen Gemeinschaftsunternehmens ist ebenso zulässig wie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das die gleichen Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen wie die Gesellschafterunternehmen erbringt oder diese Tätigkeit übernimmt. Dadurch werden keine wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen für die Gesellschafterunternehmen begründet.

b) Beitragsvereinbarungen

Auch für die Beitragsverpflichtungen gilt das für die erste Fallgruppe von Gemeinschaftsunternehmen Gesagte. Soweit nicht zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen getroffen werden, sind die Verpflichtungen zur Leistung irgendwelcher Beiträge, seien es Sachen, Rechte oder sonstige Einlagen, kartellrechtlich unerheblich.

²⁰² Vgl. S. 41.

c) Vereinbarung von Wettbewerbsverboten

Der Inhalt der von den Gesellschafterunternehmen vereinbarten Wettbewerbsverbote ist hier ein anderer als der in den Fällen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen die Tätigkeit der Gesellschafterunternehmen übernimmt.

Denn während in jenen Fällen von den Beteiligten vereinbart wird, die Herstellung des betreffenden Erzeugnisses nicht mehr zu betreiben, geht hier die Abrede dahin, *zukünftig* die Herstellung des betreffenden Erzeugnisses nicht aufzunehmen. Es handelt sich folglich um ein *potentielles* Wettbewerbsverbot, das einen möglicherweise einmal entstehenden Wettbewerb zwischen verschiedenen Gesellschafterunternehmen oder zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und verschiedenen Gesellschafterunternehmen verhindern soll.

Ein derartiges Wettbewerbsverbot ist gerade bei einer solchen Zielsetzung des Gemeinschaftsunternehmens angebracht. Durch ihre Informationsmöglichkeiten können die einzelnen Gesellschafterunternehmen die Herstellungsmethoden der neuartigen Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen, die beispielsweise eines der Gesellschafterunternehmen zur gemeinsamen Nutzung eingebracht hat, kennenlernen. Der Anreiz, diese Kenntnisse für sich allein, entgegen dem Zweck der gemeinsamen Nutzung, auszubeuten, ist besonders groß.

aa) Hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit solcher Wettbewerbsverbote entsteht die Frage, ob auch die Beschränkung eines potentiellen Wettbewerbes unter § 1 GWB fällt, oder, ob § 1 GWB nur den tatsächlichen und effektiv wirksamen Wettbewerb schützt²⁰³.

Die Beschränkung eines potentiellen Wettbewerbes verhindert ebenso wie die Beschränkung des bestehenden Wettbewerbes den dynamischen Kampf um die Marktgegenseite, der eine der wesentlichsten Voraussetzungen für die freie Wirtschaft ist. Auch potentielle Wettbewerbsbeschränkungen stellen somit einen Angriff auf die in § 1 GWB in erster Linie geschützte Institution des Wettbewerbes dar²⁰⁴.

Die Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Unternehmens, die in dem freien Streben nach Geschäftsabschlüssen mit der Marktgegenseite besteht, schließt nicht nur das Streben nach Geschäftsabschlüssen hinsichtlich der gerade ausgeübten Tätigkeit, sondern auch das hinsichtlich künftiger Betätigungen ein.

Infolgedessen sind auch Vereinbarungen, die einen möglichen Wettbewerb verhindern oder einschränken können, grundsätzlich nach § 1 GWB unzulässig, soweit sie gemeinsamen Zwecken dienen.

Jedoch gilt dies nicht in allen Fällen. Würde man jede derartige Vereinbarung unter § 1 GWB subsumieren, so würde § 1 GWB über seinen Sinn, den Wettbewerb als *Institution* zu schützen, ausgedehnt. Durch § 1 GWB soll nicht jeder irgendwie theoretisch denkbare Wettbewerb geschützt sein, sondern nur ein solcher, bei dem die reale Möglichkeit seiner Entstehung gegeben ist²⁰⁵.

²⁰³ So Strickerodt, S. 32.

²⁰⁴ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 23; Lutz, NJW 1963, S. 627; Schmitz, NJW 1961, S. 2091; Behrens, NJW 1958, S. 483, 485.

²⁰⁵ Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 23; Behrens, NJW 1958, S. 485; TB 1962, S. 52.

Fehlen daher den Gesellschafterunternehmen die finanziellen und wirtschaftlichen Mittel, um in den neuartigen Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens einzudringen, oder ist ein solches Eindringen aus Erwägungen wirtschaftlicher Vernunft ausgeschlossen²⁰⁶, so ist ein künftiger Wettbewerb auf Seiten der Gesellschafterunternehmen theoretisch eine so entfernte Möglichkeit, daß der Schutz von § 1 GWB nicht einzugreifen braucht²⁰⁷.

Ist hingegen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Möglichkeit gegeben, daß künftig ein Wettbewerb zwischen den Beteiligten entsteht, so liegt tatbestandlich eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB vor. Sie dient zudem einem gemeinsamen Zweck, da sie die Sicherung des Gemeinschaftsunternehmens vor einer eigennützigen Ausbeutung der Informationsmöglichkeiten durch einzelne Gesellschafterunternehmen zum Ziel hat.

bb) Allerdings ist auch hier das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung besonders sorgfältig zu prüfen. Bei einer rein potentiellen Wettbewerbsbeschränkung werden die Marktverhältnisse nur dann »spürbar« beeinflusst²⁰⁸, wenn durch eine Aufnahme der gleichen Produktion durch einzelne Gesellschafterunternehmen für die Marktgegenseite eine merkliche Erhöhung ihrer Wahlmöglichkeiten innerhalb dieses Marktes geschaffen wird. Sind aber die einzelnen Gesellschafterunternehmen nach ihrer Kapazität, Größe und wirtschaftlichen Kraft überhaupt nicht in der Lage, eine solche spürbare Erhöhung der Wahlmöglichkeiten herbeizuführen, so fehlt einem derartigen potentiellen Wettbewerbsverbot die Eignung zur Marktbeeinflussung. Infolgedessen ist in einem solchen Fall die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes kartellrechtlich ohne weiteres zulässig.

Häufig wird sich bei der Vereinbarung eines derartigen Wettbewerbsverbotes innerhalb dieser Fallgruppe seine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit schon aus diesem Grunde ergeben.

cc) Selbst, wenn im Einzelfall sowohl die Möglichkeit eines potentiellen Wettbewerbes als auch eine Eignung zur Marktbeeinflussung besteht, ist die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes zulässig. Gerade dann, wenn das Gemeinschaftsunternehmen neuartige Erzeugnisse im Wege neuer Produktionsmethoden herstellt, die geeignet sind, die Erzeugnisse der einzelnen Gesellschafterunternehmen zu ersetzen, liegt die Gefahr nahe, daß einzelne Beteiligte versuchen, mit Hilfe ihrer Informationsmöglichkeiten diese Erzeugnisse selbst herzustellen und sie auf eigene Rechnung anzubieten. Damit ist in besonders eindeutiger Weise der Kausalzusammenhang zwischen Informationsmöglichkeit und möglicher vertragswidriger Eigenausnutzung durch die Einzelgesellschafter gegeben. In einem solchen Falle muß aber – entsprechend den früheren Erörterungen²⁰⁹ – die Vorschrift des § 1 GWB gegenüber dem gesellschaftlichen Wettbewerbsverbot zurücktreten, das insofern dem gesetzlichen Leitbild des § 112 HGB und der »quasi-gesetzlichen« Wettbewerbsverbote entspricht. Andernfalls wäre die Gründung

²⁰⁶ Vgl. BKartA, WuW/E BKartA 846 (Hydromechanik); TB 1963, S. 35.

²⁰⁷ Vgl. auch *Kartte*, WuW 1963, S. 577, der vor einer Überspannung des Schutzes des potentiellen Wettbewerbes in diesen Fällen warnt.

²⁰⁸ Vgl. S. 58.

²⁰⁹ Vgl. S. 73.

von Unternehmen, die neuartige Produkte herstellen, nur dann möglich, wenn die Beteiligten selbst nicht in der Lage sind, diese Erzeugnisse herzustellen. Ein solches Ergebnis kann aber von den Schöpfern des GWB ebensowenig gewollt sein wie die völlige Verhinderung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen.

Die Einschränkung, daß das Wettbewerbsverbot nur dann zulässig ist, wenn dadurch nicht jeder Wettbewerb ausgeschlossen wird²¹⁰, ist bei derartigen Gemeinschaftsunternehmen nicht von Bedeutung. Die Erzeugnisse oder gewerblichen Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens stehen mit denen der Gesellschafterunternehmen in Substitutionskonkurrenz. Folglich findet auf diesem Markt selbst bei einem Wettbewerbsverbot hinsichtlich der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens immer noch ein Wettbewerb statt.

Für die eingeschränkten Wettbewerbsverbote gilt das zur ersten Fallgruppe Gesagte. Sie sind grundsätzlich unzulässig. Es besteht allerdings die Möglichkeit der Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde, die vor allem durch § 5 GWB gegeben ist.

d) Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens

Auch die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Wettbewerbsverböten zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens und von Weisungsrechten gegenüber diesem ist nicht anders zu beantworten als bei der ersten Fallgruppe. Sie sind kartellrechtlich unerheblich.

2. Fehlendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und Gesellschaftsunternehmen

Stehen die Erzeugnisse des Gemeinschaftsunternehmens und die der Gesellschafterunternehmen untereinander nicht in Substitutionskonkurrenz, so ergeben sich bezüglich der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Schaffung dieses Unternehmens, der Vereinbarung von Beitragspflichten und der Vereinbarung von Weisungsrechten gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen keinerlei Unterschiede zum vorigen Fall.

Auch bezüglich des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes ergeben sich nur geringfügige Abweichungen. Ebenso wie im Falle der Substitutionskonkurrenz besteht der Inhalt dieses Wettbewerbsverbotes darin, daß die einzelnen Gesellschafterunternehmen die Produkte, die das Gemeinschaftsunternehmen herstellt, in Zukunft nicht selbst herstellen dürfen, sondern daß deren Erzeugung dem Gemeinschaftsunternehmen vorbehalten bleibt. Es handelt sich demnach ebenso wie im Falle der Substitutionskonkurrenz zwischen den Erzeugnissen des Gemeinschaftsunternehmens und denen der einzelnen Gesellschafterunternehmen um ein rein potentiellcs Wettbewerbsverbot.

Während dort jedoch infolge des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Produkten des Gemeinschaftsunternehmens und denen der einzelnen Beteiligten die

²¹⁰ Vgl. S. 75.

Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes nahelegt, wird es im Falle fehlender Substitutionskonkurrenz meist unnötig sein, ein solches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Für die Gesellschafterunternehmen, die andere Produkte als das Gemeinschaftsunternehmen herstellen, die zudem mit denen des Gemeinschaftsunternehmens nicht konkurrieren, wird es in der Regel kaum möglich sein, selbst bei Kenntnis der Herstellungsgeheimnisse und Fertigungsmethoden diese Erzeugnisse im eigenen Betrieb zu produzieren²¹¹. Insofern wird es in diesen Fällen, wenn überhaupt ein solches Wettbewerbsverbot im Rahmen des Gesellschaftsvertrages vereinbart wird, an einer theoretischen Wettbewerbsmöglichkeit zwischen den einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen oder den Gesellschafterunternehmen untereinander fehlen. Liegt aber ein zukünftiger Wettbewerb zwischen diesen verschiedenen Unternehmen nach objektiven Gesichtspunkten – in Betracht kommen z. B. Kapazität und Finanzkraft der einzelnen Beteiligten sowie die wirtschaftliche Vernunft – kaum im Bereich des Möglichen, so braucht der Schutz des § 1 GWB nicht einzugreifen²¹². Die Gefahr, daß einer der Beteiligten im voraus seine Wettbewerbsfähigkeiten und -möglichkeiten beschränkt, ist in einem solchen Fall nach »normalen« Erfahrungswerten nicht gegeben. Die Vereinbarung einer derartigen potentiellen Wettbewerbsbeschränkung in Form eines Wettbewerbsverbotes für die beteiligten Gesellschafterunternehmen ist daher kartellrechtlich unbedenklich.

Liegt im Einzelfall dennoch die Möglichkeit eines künftigen Wettbewerbes nahe, so gilt das gleiche wie im Falle der Substitutionskonkurrenz zwischen Gemeinschaftsunternehmen und den Gesellschafterunternehmen.

II. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen nicht alle in einem Wettbewerbsverhältnis stehen

Wie zu Beginn dieses Abschnittes schon angedeutet wurde, ist auch der Fall denkbar, daß die Gesellschafterunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens trotz Betätigung in der gleichen Wirtschaftsbranche dennoch nicht in einem Wettbewerbsverhältnis stehen²¹³.

1. Grundsätzliche Besonderheiten dieser Beteiligungszusammensetzung

a) Anwendbarkeit von § 1 GWB

Bei einer derartigen Beteiligungszusammensetzung entsteht die Frage, ob auch auf Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern oder einigen Wettbewerbern und einigen Nichtwettbewerbern § 1 GWB anwendbar ist, oder, ob andere Vorschriften des GWB heranzuziehen sind. Da es sich um Verträge handelt, kommen allenfalls noch die §§ 15 bis 21 GWB in Betracht.

²¹¹ Benisch, Kooperationsfibel, S. 83.

²¹² Vgl. S. 87.

²¹³ Vgl. S. 41.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß vom Verbot des § 1 GWB nur Beschränkungen eines *gegenseitigen* Wettbewerbes betroffen sein sollen²¹⁴. Nur dann werden im Regelfall die vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen im *gemeinsamen* Interesse aller Beteiligten liegen. Sind die Vertragspartner dagegen keine Wettbewerber, so wird es in den meisten Fällen an einem gemeinsamen Zweck i. S. von § 1 GWB fehlen. Hinzu kommt, daß bei diesen beiden Sachlagen grundsätzlich ein erheblicher Unterschied in der Gefährdung des Wettbewerbes besteht, der eine unterschiedliche Regelung der gesetzlichen Folgen rechtfertigt. Bei Vorliegen eines gemeinsamen Interesses werden meist *alle* Beteiligten eine Wettbewerbsbeschränkung eingehen, während dies bei der Verfolgung verschiedener Interessen gerade nicht der Fall sein wird²¹⁵.

Dieses Erfordernis des gegenseitigen Wettbewerbes unter den Vertragspartnern wird als Tatbestandsmerkmal von § 1 GWB noch stark vom früheren *Kartell*-begriff her bestimmt²¹⁶. § 1 GWB geht jedoch über den Kartellbegriff hinaus, zumindest deckt er sich nicht mit ihm²¹⁷, so daß eine Auslegung von § 1 GWB hinsichtlich dieser Frage unabhängig von den für den Kartellbegriff maßgeblichen Voraussetzungen zu erfolgen hat. Wettbewerb i. S. von § 1 GWB kann zwar nur dann beschränkt werden, wenn ein solcher vorhanden ist²¹⁸, besteht er aber auf einem bestimmten Markt, so kann er auch beschränkt werden, wenn nur einer der Wettbewerber sich Beschränkungen auferlegt, ohne daß er mit seinem Vertragspartner in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Denn § 1 GWB spricht nicht von einer Beschränkung des *gegenseitigen* Wettbewerbs, sondern allgemein von Verträgen, die zu einer Beschränkung des Wettbewerbes geeignet sind²¹⁹. Verträge können aber auch dann geeignet sein, Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen, wenn Angehörige verschiedener Märkte, die infolgedessen keine Wettbewerber sind, Vereinbarungen treffen, die den jeweiligen Marktangehörigen in seinem Wettbewerbsverhalten gegenüber nicht am Vertrag beteiligten Wettbewerbern beschränken und somit den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt einschränken. Auch in solchen Fällen werden die Chancen, Gefahren und Erfordernisse, die sich für das jeweilige Unternehmen aus den Wahlmöglichkeiten der Marktpartner ergeben, beschränkt oder ausgeschlossen.

Sind bei fehlendem gemeinsamen Zweck auch für Wettbewerber die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar²²⁰, so muß umgekehrt bei vorhandenem gemeinsamen Zweck, aber fehlendem Wettbewerbsverhältnis, § 1 GWB heranzuziehen sein. Während in § 1 GWB alle denkbaren Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt sind, umfassen die §§ 15 bis 21 GWB nur bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen²²¹. Der ent-

²¹⁴ Müller-Henneberg in Gem. Komm., Vorbem. zu § 1 GWB, Rdz. 1 (S. 91).

²¹⁵ Vgl. S. 61.

²¹⁶ Dies wird besonders bei Müller-Henneberg in Gem. Komm., Vorbem. zu § 1 GWB, Rdz. 1, deutlich; Begr., S. 1064 und 1074; vgl. dazu auch Liefmann, S. 10.

²¹⁷ Vgl. S. 72 und Anm. 163.

²¹⁸ Fuchs, S. 57, Anm. 174.

²¹⁹ Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 30.

²²⁰ Schwartz, in Gem. Komm., Vorbem. zu §§ 15 bis 21 GWB, Rdz. 1; Bericht, S. 20.

²²¹ Vgl. S. 36.

scheidende Unterschied dieser Vorschriften besteht folglich nicht in einer verschiedenartigen Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung²²², sondern darin, daß diese einmal zu einem gemeinsamen Zweck und zum anderen im Rahmen eines Individualvertrages vereinbart wird. Infolgedessen verlangt der Begriff Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB ebensowenig eine Beschränkung des gegenseitigen Wettbewerbes wie in den §§ 15 bis 21 GWB.

Auch nach der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB kann es nicht auf ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis ankommen.

Denn der Schutz des Wettbewerbes als einer Institution der Marktwirtschaft wird schon dann eingeschränkt, wenn *ein* Wettbewerber sich Beschränkungen in dem Kampf um den Marktpartner auferlegt. Vereinbaren verschiedene Unternehmen solche Beschränkungen, so schränken sie den Wettbewerb auf ihren jeweiligen Märkten ein. Geschieht dies zu einem gemeinsamen Zweck, so ist nicht ersichtlich, worin sich dieser Fall in seinen wettbewerbschädigenden Auswirkungen von den Fällen unterscheidet, in denen mindestens *zwei* Wettbewerber auf dem gleichen Markt ihren gegenseitigen Wettbewerb beschränken.

Auch von der Seite der Marktpartner aus gesehen, besteht zwischen beiden Fällen kein Unterschied. Für sie tritt eine Verschlechterung ihrer Wahlmöglichkeiten schon dann ein, wenn auch nur einer ihrer Marktpartner sich nicht mehr wettbewerbslichen Gesichtspunkten anpaßt, sondern zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist.

Sowohl der Marktmechanismus²²³ wie der Kampf um den Kunden ist schon dann gestört, wenn sich auch nur ein Wettbewerber in seinem freien Marktverhalten Beschränkungen auferlegt.

Wie sich demnach aus dem Wortlaut und der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 1 GWB ergibt, ist nicht entscheidend, ob ein gegenseitiger Wettbewerb beschränkt wird, sondern allein, ob die betreffende Wettbewerbsbeschränkung zu einem *gemeinsamen Zweck* vereinbart wird²²⁴.

²²² *Fikentscher*, Sonstige Verträge, S. 548; vgl. auch *Müller-Henneberg*, WuW 1963, S. 887, der zwar Unterschiede macht, die sich allerdings nur auf die Außenwirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen in § 1 GWB und §§ 15 bis 21 GWB beziehen, nicht aber auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses.

²²³ *Benisch*, WuW 1960, S. 843.

²²⁴ Im Ergebnis ebenso: *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 30; ähnlich: *Benisch*, WuW 1958, S. 270, im Rahmen einer Verkaufsgemeinschaft; *Fikentscher*, Sonstige Verträge, S. 548; *Tetzner*, S. 9; *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 17; *Fuchs*, S. 57, Anm. 174; *Brugger*, WuW 1959, S. 249; die alle eine Anwendung von § 1 GWB auch auf Verträge zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen bejahen, soweit diesen ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt. Unter Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen besteht aber typischerweise kein Wettbewerb, da es einen mehrstufigen Wettbewerbsbegriff nicht gibt (*Bartholomeyczik* in *Gem. Komm.*, § 22 GWB, Rdz. 34; vgl. auch den Brief des Vorsitzenden der Beschlußabteilung des BKartA, WuW 1959, S. 829). Ist zwischen den Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen dennoch ein Wettbewerb vorhanden, so ist dies wiederum kein Sonderfall zu einem horizontalen Kartell und fällt nicht unter die von den betreffenden Autoren genannte Ausnahmeregelung; vgl. hierzu *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 17; nicht abweichend auch *Lukes*, da auch er bei Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes und nicht bei gemeinsamer Verfolgung verschiedener Zwecke die Möglichkeit eines Gesellschaftsverhältnisses und damit eines Kartells i. S. von § 1 GWB unter Nichtwettbewerbern bejaht, s. *Lukes*, S. 84; a. M. *Deringer* in *Gem. Komm.*, § 5 GWB, Rdz. 98; *Kröger*, Betr. 1962, S. 1038.

Setzen sich die Gesellschafterunternehmen z. T. aus Wettbewerbern und zum anderen Teil aus Nichtwettbewerbern zusammen, so ist auf ihre Vereinbarungen – falls sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt haben – § 1 GWB anwendbar, ohne daß es darauf ankommt, ob § 1 GWB die Beschränkung eines gegenseitigen Wettbewerbes erfordert. Denn einmal besteht zwischen einem Teil der Beteiligten ein gegenseitiger Wettbewerb, der durch entsprechende Vereinbarungen zu einem gemeinsamen Zweck eingeschränkt wird, zum anderen könnte bei einer derartigen Sachlage sonst die schärfere Sanktion des § 1 GWB durch die Hinzunahme eines Nichtwettbewerbers umgangen werden.

b) Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes i. S. von § 1 GWB

Der für § 1 GWB erforderliche gemeinsame Zweck kann auch in den Fällen vorliegen, in denen die Vertragspartner untereinander in keinem Wettbewerbsverhältnis stehen²²⁵.

Ein solches gleichgerichtetes Interesse haben die Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens schon auf Grund ihrer Verpflichtung, alles zum Gelingen des gemeinsamen Unternehmens beizutragen. Wettbewerbsbeschränkungen, die sie im Rahmen der Gründung eines solchen gemeinsamen Unternehmens eingehen, dienen in aller Regel dem Erhalt und der wirtschaftlichen Sicherung dieses Unternehmens. Das eigene Wettbewerbsstreben wird damit aus einem gemeinsamen Interesse eingeschränkt. Hierbei wird demnach anders als im typischen Fall der §§ 15 bis 21 GWB die Wettbewerbsbeschränkung weder im Rahmen eines Austauschvertrages noch als Austausch für eine andere Leistung oder die Wettbewerbsbeschränkung des Vertragspartners, sondern zur Erreichung eines gemeinsamen Gesellschaftszweckes vereinbart. Insoweit ist auch hier § 1 GWB anzuwenden.

Verpflichtet sich dagegen nur *ein* Gesellschafterunternehmen, das mit den übrigen nicht im Wettbewerb steht, im Rahmen des Gesellschaftsvertrages zu einer Wettbewerbsbeschränkung oder steht diese in keinem Verhältnis zu den Beschränkungen der anderen, so ist es meist zweifelhaft, ob einer derartigen Vereinbarung ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt²²⁶. Das betreffende Einzelunternehmen geht die wettbewerbsbeschränkende Verpflichtung oft nur ein, damit die übrigen Beteiligten nicht selbst die wirtschaftliche Tätigkeit dieses Einzelunternehmens oder des Gemeinschaftsunternehmens aufnehmen, wenn dieses die Tätigkeit des betreffenden Einzelunternehmens übernommen hat. Die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung ist insofern nur eine Gegenleistung für die Nichtbetätigung der anderen Gesellschafterunternehmen. Die betreffende Vereinbarung, obwohl im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages abgeschlossen²²⁷, ist dann dennoch nicht zu einem gemeinsamen Zweck eingegangen und unterliegt folglich nicht § 1 GWB, sondern allenfalls den §§ 15 bis 21 GWB.

²²⁵ Vgl. die Beispiele bei Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 17.

²²⁶ Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 66.

²²⁷ In einem Vertrag zu gemeinsamen Zwecken braucht nicht notwendig der gesamte Vertragsinhalt Bestandteil des gemeinsamen Zweckes sein; vgl. Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1071.

Meist sind somit auch die Wettbewerbsbeschränkungen unter Nichtwettbewerbern im Rahmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ebenso zu einem gemeinsamen Zweck eingegangen wie unter Wettbewerbern.

2. Die einzelnen Vereinbarungen in ihrem Verhältnis zum GWB

a) Gründungsvereinbarung, Verpflichtung zu Beitragsleistungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens

Für die kartellrechtliche Beurteilung der Gründungsvereinbarung sowie der Vereinbarung von Beitragsleistungen, Weisungsrechten und Wettbewerbsverboten zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens gilt das gleiche wie in den Fällen, in denen zwischen den Gesellschafterunternehmen ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Keine dieser Vereinbarungen enthält grundsätzlich eine *Beschränkung* der Gesellschafterunternehmen.

b) Wettbewerbsverbote zu Lasten von Gesellschafterunternehmen

Auch hinsichtlich eines Wettbewerbsverbotes zu Lasten der Gesellschafterunternehmen gilt nichts anderes. Übernimmt das Gemeinschaftsunternehmen die wirtschaftliche Tätigkeit eines oder eines Teiles der Beteiligten und vereinbaren sie, soweit sie bisher in dieser Weise tätig waren, diese Tätigkeit nicht mehr auszuüben, oder, soweit sie bisher auf diesem Gebiet nicht tätig waren, auch in Zukunft diese Tätigkeit nicht aufzunehmen, so wird dadurch ein möglicher Wettbewerb unter *allen* Beteiligten im gemeinsamen Interesse *aller* Gesellschafterunternehmen unterbunden. Für diese Beschränkung eines teils akuten, teils potentiellen Wettbewerbs unter allen Gesellschafterunternehmen muß infolgedessen § 1 GWB in jedem Fall gelten, selbst wenn man § 1 GWB nur auf Wettbewerber anwenden will.

Dennoch ist auch ein solches Wettbewerbsverbot ebenso zulässig wie im Rahmen der ersten Alternative dieser Fallgruppe. Die Gesellschafterunternehmen, die, um bei dem Beispiel eines Herstellerunternehmens zu bleiben, die Erzeugnisse, die nunmehr das Gemeinschaftsunternehmen produziert, bisher nicht hergestellt haben, können infolge ihrer Informationsrechte und -möglichkeiten die Fertigung dieser Erzeugnisse jederzeit selbst zu eigenen Zwecken verwerten. Sie würden sich damit in gesellschaftswidriger Weise die von ihren Mitgesellschaftern eingebrachten Geheimnisse zunutze machen. Gerade von dieser Gefahr ging aber der Gesetzgeber bei Schaffung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes aus. Will man nicht die Gründung von solchen Gesellschaften von vornherein unmöglich machen, so muß man auch die Eingehung derartiger Wettbewerbsverbote zulassen²²⁸.

Die gleiche Gefahr gesellschaftswidriger Informationsausnutzung besteht auch durch die Beteiligten, die die betreffenden Erzeugnisse bisher selbst hergestellt

²²⁸ Vgl. S. 72.

haben. In den meisten Fällen bringen auch die Beteiligten, welche sich bislang auf diesem Gebiet wirtschaftlich nicht betätigten, in ein solches Gemeinschaftsunternehmen gewisse Fertigungsgeheimnisse ein, zumal sie der gleichen Branche angehören. Diese könnten von den anderen Gesellschafterunternehmen wiederum gesellschaftswidrig zu eigenen Zwecken ausgenutzt werden. Ein Wettbewerbsverbot ist infolgedessen im gleichen Maße und unter den gleichen Voraussetzungen wie im Rahmen der ersten Alternative dieser Fallgruppe zulässig²²⁹.

c) Eingeschränkte Wettbewerbsverbote und Einzelabreden

Anders kann es sich dagegen bei der Vereinbarung von eingeschränkten Wettbewerbsverboten verhalten. Sie sind bei einer solchen Beteiligungszusammensetzung etwa in der Form möglich, daß das oder die Unternehmen, die die gleiche Tätigkeit wie das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, ihre Preise nach denen des Gemeinschaftsunternehmens ausrichten oder sich bestimmten Mengen- oder Marktbegrenzungen unterwerfen.

Werden diese Beschränkungen zu einem gemeinsamen Zweck vereinbart, d. h. besteht keine einseitige Benachteiligung, die einen gegenteiligen Schluß ermöglicht²³⁰, so ist § 1 GWB anwendbar. Solche Abreden sind dann ebenso wie bei der ersten Alternative dieser Fallgruppe kartellrechtlich unzulässig²³¹.

Erfolgt dagegen eine solche Beschränkung nicht zu einem gemeinsamen Zweck, so ist nicht § 1 GWB heranzuziehen, sondern allenfalls einer der Tatbestände der §§ 15 bis 21 GWB.

Das gleiche gilt, soweit derartige Verpflichtungen von einzelnen Gesellschafterunternehmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen eingegangen werden und zwischen beiden kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das von vornherein eine Anwendung des GWB verbietet²³².

Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf das zur ersten Alternative dieser Fallgruppe Gesagte verwiesen werden²³³, da sich keine Besonderheiten bei der Anwendung der §§ 15 bis 21 GWB ergeben.

²²⁹ Vgl. S. 73.

²³⁰ Vgl. S. 92; *Fikentscher*, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 66.

²³¹ Vgl. S. 78.

²³² Vgl. S. 33.

²³³ Vgl. S. 82 ff.

2. ABSCHNITT

Kartellrechtliche Besonderheiten von Gemeinschaftsunternehmen, bei denen entweder die Gesellschafterunternehmen verschiedenen Wirtschaftsbranchen oder -stufen angehören oder das Gemeinschaftsunternehmen einer anderen Branche oder Stufe als seine Gesellschafterunternehmen angehört

Im vorangegangenen Abschnitt wurde davon ausgegangen, daß die Gesellschafterunternehmen und das Gemeinschaftsunternehmen alle der gleichen Wirtschaftsbranche und -stufe angehören. Nunmehr stehen Gemeinschaftsunternehmen zur Untersuchung, bei denen entweder die Gesellschafterunternehmen zumindest zum Teil verschiedenen Wirtschaftsbranchen oder -stufen angehören, oder das Gemeinschaftsunternehmen einer anderen Branche oder Stufe als seine Gesellschafterunternehmen zugeordnet ist.

I. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen verschiedenen Wirtschaftsstufen angehören

Besonders häufig kommt es vor, daß die Gesellschafterunternehmen zwar der gleichen Branche, aber verschiedenen Wirtschaftsstufen angehören²³⁴.

Als Beispiel mögen folgende Fälle dienen:

Ein Spirituosengroßhandelsunternehmen und mehrere Spirituoseneinzelhandelsunternehmen gründen in Form einer OHG eine Weinbrennerei.

Ein Nahrungsmittelhersteller und mehrere Lebensmittelgroßhändler gründen in Form einer GmbH eine Einzelhandelskette.

Während bei den Gemeinschaftsunternehmen des ersten Abschnittes die Gesellschafterunternehmen meist Wettbewerber waren, verhält es sich hier gerade umgekehrt. Die Gesellschafterunternehmen sind auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu verschiedenen Wirtschaftsstufen *grundsätzlich* keine Wettbewerber. Denn die Marktgegenseiten eines Großhandelsunternehmens sind Erzeuger und Einzelhandelsunternehmen, während die Marktgegenseiten eines Einzelhandelsunternehmens Großhandelsunternehmen und Verbraucher sind. Die Marktgegenseiten eines Herstellers sind Großhandelsunternehmen und Zulieferanten. Die einzelnen Wirtschaftsstufen werben folglich im *typischen* Fall um jeweils verschiedene Marktseiten und werden von jeweils verschiedenen Marktseiten umworben.

Dennoch kann im Einzelfall auch zwischen den Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen entgegen dem Regelfall ein Wettbewerbsverhältnis bestehen.

Vor allem im Großhandel ist es heute teilweise üblich, auch an Verbraucher die geführten Erzeugnisse abzugeben. Zuweilen sieht der Hersteller selbst eine derartige Doppelfunktion seiner Großhändler vor, indem er – wie in der Auto-

²³⁴ Zum Begriff der Wirtschaftsstufe vgl. Anm. 2 des 3. Teiles.

mobilindustrie zum Teil üblich – Groß- und Direkt Händler den Nur-Direkt(Einzel)händlern gegenüberstellt. In diesen Fällen bewerben sich sowohl Großhandel wie auch Einzelhandel um die gleiche Marktgegensseite, den Verbraucher, und stehen damit insoweit auf der Angebotsseite in einem Wettbewerbsverhältnis²³⁵.

Fast ebenso häufig verhält es sich umgekehrt. Die Einzelhandelsunternehmen beziehen unmittelbar vom Erzeuger die Produkte, die sie unter Ausschaltung des Großhandels an die Verbraucher abgeben. Hier sind Groß- und Einzelhandel nicht nur hinsichtlich der Angebotsseite Wettbewerber, sondern auch hinsichtlich der Nachfrageseite. Die Zugehörigkeit zu verschiedenen Wirtschaftsstufen hat dann bei der Bestimmung des zwischen ihnen bestehenden Wettbewerbsverhältnisses keine Bedeutung mehr. Aus der Sicht des marktbezogenen Wettbewerbsbegriffes²³⁶, der für § 1 GWB entscheidend ist, besteht insoweit kein Unterschied zu gleichstufigen Wettbewerbern²³⁷.

Infolgedessen sind auch innerhalb dieser Fallgruppe zwei Möglichkeiten zu unterscheiden und kartellrechtlich getrennt zu untersuchen, je nachdem, ob ein Wettbewerbsverhältnis unter den Gesellschafterunternehmen besteht, oder, ob ein solches fehlt.

A. Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses unter den Gesellschafterunternehmen

1. Gründungsvereinbarung, Beitragsverpflichtungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens im Verhältnis zum GWB

Hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Gründungsvereinbarung und der Beitragsverpflichtungen ergeben sich keine Besonderheiten zu den Gemeinschaftsunternehmen des ersten Abschnittes. Sie sind grundsätzlich zulässig.

Ebenso verhält es sich mit den Beschränkungen, die dem Gemeinschaftsunternehmen von seinen Gesellschafterunternehmen auferlegt werden.

2. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen im Verhältnis zum GWB

Auch die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten zu Lasten der Gesellschafterunternehmen sind, soweit sie den gesetzlichen Wettbewerbsverboten entsprechen, nicht anders als bei den Gemeinschaftsunternehmen des ersten Abschnittes zu beurteilen.

Hier handelt es sich im Regelfall um rein potentielle Wettbewerbsbeschränkungen, die voraussetzen, daß das einzelne Gesellschafterunternehmen die tatsächliche

²³⁵ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 17.

²³⁶ Vgl. S. 41, 45.

²³⁷ Fuchs, S. 55, 56.

Möglichkeit besitzt, die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens aufzunehmen. Diese theoretische Möglichkeit wird jedoch bei einer derartigen Beteiligungszusammensetzung meist fehlen. Die Gesellschafterunternehmen müßten sich dann in einer neuen Wirtschaftsstufe betätigen, wozu den meist kleineren und mittleren Unternehmen, die solche Gemeinschaftsunternehmen gründen, die erforderlichen Mittel fehlen. Hinzu kommt, daß Erwägungen der wirtschaftlichen Vernunft dagegen sprechen²³⁸, da gerade diese zur Gründung derartiger Gemeinschaftsunternehmen geführt hat.

Werden im Einzelfall dennoch die Gesellschafterunternehmen auf dem Gebiet des Gemeinschaftsunternehmens tätig, so ist ein Wettbewerbsverbot, soweit es dem Umfang eines gesetzlichen Wettbewerbsverbotes entspricht, unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Gemeinschaftsunternehmen des ersten Abschnittes zulässig²³⁹. Denn auch im Rahmen der hier behandelten Gemeinschaftsunternehmen besteht die Gefahr, daß einzelne Gesellschafterunternehmen ihre Informationsrechte und -möglichkeiten zur eigenen Ausbeutung nutzen.

3. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung von besonderen Förderungspflichten

Eine besondere Rolle spielt bei einer derartigen Beteiligungszusammensetzung die Vereinbarung zusätzlicher Förderungspflichten.

Ist das Gemeinschaftsunternehmen – wie in diesen Fällen besonders häufig – ein Herstellerbetrieb, so sind zwischen den Gesellschafterunternehmen Abreden von Bedeutung, die bezwecken sollen, den Absatz des Gemeinschaftsunternehmens oder die nötigen Zulieferungen zu sichern²⁴⁰. Derartige Vereinbarungen liegen um so näher als die Beteiligten der gleichen Branche sowohl untereinander wie im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen angehören und somit die besten Möglichkeiten zur Verwirklichung ihrer Absprachen haben.

a) Abnahmeverpflichtungen

Am häufigsten kommt die Vereinbarung vor, zukünftig nur noch Erzeugnisse des Gemeinschaftsunternehmens zu vertreiben.

Durch solche Verpflichtungen wird das Streben der Gesellschafterunternehmen nach Geschäftsabschlüssen mit der Angebotsseite ausgeschlossen, da sie grundsätzlich auf die Möglichkeit anderer Lieferungsabschlüsse verzichten. Die Chancen, Erfordernisse und Gefahren, die sich aus den Wahlmöglichkeiten ihrer Marktgegenseite (Lieferanten) ergeben, werden völlig eingeschränkt.

§ 1 GWB schützt nicht nur den Anbieterwettbewerb, sondern auch den Nachfragerwettbewerb²⁴¹. Die Verpflichtung, nur noch Erzeugnisse des Gemeinschaftsunternehmens zu vertreiben, stellt daher eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von

²³⁸ Vgl. BKartA WuW/E BKartA 846 (Hydromechanik).

²³⁹ Vgl. S. 73.

²⁴⁰ Vgl. TB 1962, S. 23 (Putzträger).

²⁴¹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 30; Knöpfle, WuW 1962, S. 174.

§ 1 GWB dar, da sie zu dem gemeinsamen Zweck der Absatzsicherung des Gemeinschaftsunternehmens erfolgt.

Falls dadurch eine konkrete Marktbeeinflussung eintritt, die darin bestehen muß, daß die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten *spürbar*²⁴² verringert werden, ist diese Abmachung gemäß § 1 GWB unwirksam.

Nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung werden die Wahlmöglichkeiten von Lieferanten nur dann spürbar eingeschränkt, wenn entweder eine große Zahl von Nachfragern oder eine kleine Zahl von potenten Nachfragern derartige Wettbewerbsbeschränkungen eingeht²⁴³. In allen anderen Fällen, also vor allem, wenn einige kleinere und mittlere Nachfrager solche Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren, wird eine Verringerung der Nachfrageangebote grundsätzlich ohne marktbeeinflussende Wirkung sein.

Besteht jedoch die Zahl der Gesellschafterunternehmen des betreffenden Gemeinschaftsunternehmens aus mehreren Großabnehmern oder vielen Klein- und Mittelabnehmern, so ist eine solche Bezugsverpflichtung zur Marktbeeinflussung geeignet und nach § 1 GWB unwirksam.

In einem solchen Fall kann allenfalls durch eine Erlaubniserteilung seitens der Kartellbehörde gemäß § 5 II oder III GWB diese Vereinbarung als Rationalisierungskartell für zulässig erklärt werden.

Eine Rationalisierung tritt infolge des Festbezuges von dem Gemeinschaftsunternehmen bei den Gesellschafterunternehmen insofern ein, als sie dadurch eine innerbetriebliche Einkaufsorganisation einsparen und es ihnen ermöglicht wird, von einem schwankenden Angebot zumindest zum Teil unabhängig zu sein. Durch diese Vereinfachung des »Wirtschaftsablaufes«²⁴⁴ wird es den Gesellschafterunternehmen möglich, bessere und billigere Angebote zu machen. Die Wettbewerbsbeschränkung führt infolgedessen zu einer Verbesserung des Aufwand-Ertragsverhältnisses²⁴⁵ und stellt damit eine Rationalisierung i. S. von § 5 II GWB dar²⁴⁶.

Für eine Erlaubniserteilung ist es allerdings erforderlich, daß durch die Rationalisierung die Wirtschaftlichkeit oder die Leistungsfähigkeit der einzelnen Gesellschafterunternehmen wesentlich gehoben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs verbessert wird sowie der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung steht. Das bedeutet, daß der Rationalisierungserfolg mit den wirtschaftlichen Nachteilen zu vergleichen ist, die sich aus der Wettbewerbsbeschränkung ergeben, und hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehen muß²⁴⁷.

²⁴² Vgl. S. 57.

²⁴³ BGH WuW/E BGH 491 (Spar).

²⁴⁴ Segelmann, WuW 1964, S. 4 und 7.

²⁴⁵ Barnickel, WRP 1961, S. 332; BKartA WuW/E BKartA 79, 84 (Steinzeug); Deringer in Gem. Komm., § 5 GWB, Rdz. 50.

²⁴⁶ Deringer in Gem. Komm., § 5 GWB, Rdz. 38; zur Kostenersparnis vgl. noch die Entscheidung des BKartA WuW/E BKartA 211, 215 (Thomasphat).

²⁴⁷ Kirchstein-Segelmann, S. 19; Deringer, WuW 1958, S. 15; Tetzner, S. 37.

Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind jedoch vom Einzelfall abhängig und stehen in der Feststellungsbefugnis der Kartellbehörde²⁴⁸, so daß diese Fragen nicht generell geklärt werden können.

Grundsätzlich besitzen solche Bezugsverpflichtungen jedoch die Eignung, gemäß § 5 II GWB als erlaubt erklärt zu werden. § 5 III GWB ist nicht anwendbar, da die Bezugsverpflichtung nicht zur Errichtung einer Beschaffungseinrichtung führt. Das Gemeinschaftsunternehmen ist keine vom Hersteller verschiedene Beschaffungsstelle, sondern der Hersteller selbst, der die Gesellschafterunternehmen beliefert.

b) Zulieferungsverpflichtungen

Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen Zulieferungsverpflichtungen, etwa in der Art, dem Gemeinschaftsunternehmen ihre sämtlichen Erzeugnisse zum Weitervertrieb anzuliefern, so gilt das gleiche wie im Falle der Bezugsverpflichtung. Durch solche Zulieferungsverpflichtungen beschränken die einzelnen Gesellschafterunternehmen ihren Anbieterwettbewerb, da sie sich dadurch der Möglichkeit berauben, mit anderen Nachfragern Geschäftsabschlüsse zu tätigen. Hinsichtlich der Eignung zur Marktbeeinflussung und der Möglichkeit einer Erlaubniserteilung gemäß § 5 II GWB gilt sinngemäß das zur Bezugsverpflichtung Gesagte. Soweit durch derartige Vereinbarungen jedoch ein Syndikat i. S. von § 5 III GWB geschaffen wird, müssen für die Erlaubniserteilung die besonderen Voraussetzungen von § 5 III GWB vorliegen.

Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen, nur einen Teil der Erzeugnisse des Gemeinschaftsunternehmens abzunehmen oder nur einen Teil des Bedarfs des Gemeinschaftsunternehmens zu decken, so ändert sich nichts gegenüber einer völligen Bezugs- oder Zulieferungsverpflichtung. In diesen Fällen schränken sie zumindest für einen Teil ihren Nachfrage- oder Anbieterwettbewerb ein.

c) Abgabe- und Bezugsverpflichtungen des Gemeinschaftsunternehmens

Bezugs- oder Zulieferungsverpflichtungen, die sich die Gesellschafterunternehmen auferlegen, sind somit grundsätzlich unzulässig²⁴⁹. Es besteht allerdings die Möglichkeit, das Gemeinschaftsunternehmen durch solche Verpflichtungen in seinem freien Marktverhalten zu beschränken. Dabei muß es allerdings den einzelnen Gesellschafterunternehmen freigestellt bleiben, ob sie davon Gebrauch machen oder nicht, da sonst wiederum eine kartellrechtlich unzulässige Beschränkung der Gesellschafterunternehmen vereinbart würde.

Die Befugnis, dem Gemeinschaftsunternehmen solche Beschränkungen aufzuerlegen, haben die Gesellschafterunternehmen auf Grund ihrer gesellschaftsrecht-

²⁴⁸ Deringer in Gem. Komm., § 5 GWB, Rdz. 56.

²⁴⁹ Soweit dies allerdings tatsächlich ohne vertragliche Verpflichtungen geschieht, ist es kartellrechtlich unerheblich, da es insoweit an einer vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung fehlt; vgl. S. 50.

lichen Weisungsrechte gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen, die sie ungeachtet der kartellrechtlichen Vorschriften ausnutzen können²⁵⁰.

4. Einzelvereinbarungen im Verhältnis zum GWB

Einzelvereinbarungen zwischen einem Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen, welche Bezugs- oder Abnahmeverpflichtungen des betreffenden Gesellschafterunternehmens enthalten, unterliegen, soweit zwischen beiden kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das die Anwendung des GWB von vornherein ausschließt²⁵¹, bei Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes § 1 GWB. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so sind die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar, von denen vor allem § 18 I Nr. 2 GWB heranzuziehen ist. Die betreffende Vereinbarung unterliegt dann lediglich einer Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde, nicht der Unwirksamkeitsfolge von § 1 GWB.

B. Nichtbestehen eines Wettbewerbsverhältnisses unter den Gesellschafterunternehmen

Zwischen den Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen besteht dann kein Wettbewerbsverhältnis, wenn sie jeweils nur in ihrer Wirtschaftsstufe tätig werden und zwischen ihnen weder auf der Nachfrage- noch auf der Anbieterseite ein Wettbewerb herrscht. Auch in diesen Fällen ist für alle Vereinbarungen zu einem gemeinsamen Zweck § 1 GWB anwendbar²⁵², so daß die Unterschiede in der kartellrechtlichen Beurteilung im Vergleich zur ersten Alternative dieser Fallgruppe gering sind.

Die Gründungsvereinbarung und die Verpflichtung, bestimmte Beitragsleistungen zu erbringen, sind kartellrechtlich zulässig. Diese Absprachen stellen schon tatbestandsmäßig keine Wettbewerbsbeschränkungen dar.

Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens sind auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte zulässig.

Wettbewerbsverbote mit dem Inhalt, dem Gemeinschaftsunternehmen keine Konkurrenz zu machen, sind ebenso wie in allen vorangehenden Fällen zulässig, falls sie gesetzlichen Wettbewerbsverboten entsprechen. Soweit nicht schon ein potentieller Wettbewerb ausgeschlossen ist, besteht auch hier die Gefahr, daß einzelne Gesellschafterunternehmen ihre Informationsmöglichkeiten zum Nachteil des Gemeinschaftsunternehmens in den eigenen Unternehmen verwerten. Eingeschränkte Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen sind dagegen unzulässig²⁵³.

Für Vereinbarungen von besonderen Förderungspflichten, seien es Abnahme- oder Bezugsverpflichtungen, gilt nichts anderes als in dem Fall, in dem die Gesellschafterunternehmen trotz Zugehörigkeit zur gleichen Wirtschaftsstufe Wettbewerber sind.

²⁵⁰ Vgl. S. 80.

²⁵¹ Vgl. S. 33.

²⁵² Vgl. S. 91.

²⁵³ Vgl. S. 78.

II. Gemeinschaftsunternehmen, deren Gesellschafterunternehmen der gleichen oder verschiedenen Wirtschaftsbranchen oder -stufen angehören, während sich das Gemeinschaftsunternehmen in einer dritten Branche betätigt

Da bisher nur Gemeinschaftsunternehmen behandelt wurden, die sich ausschließlich in der gleichen Wirtschaftsbranche und -stufe wie ihre Gesellschafterunternehmen betätigen, blieb der Fall unberücksichtigt, daß Gemeinschaftsunternehmen und Gesellschafterunternehmen verschiedenen Branchen angehören.

Gerade eine derartige Beteiligungszusammensetzung ist sehr häufig anzutreffen. Von dem relativ seltenen Fall abgesehen, daß verschiedene Unternehmen ihre Gewinne in Form eines Betriebes mit aussichtsreicher wirtschaftlicher Zukunft anlegen wollen und ihnen infolgedessen die Branche des Gemeinschaftsunternehmens gleichgültig ist, werden derartige Gemeinschaftsunternehmen meist von Unternehmen der weiterverarbeitenden oder der Rohstoffindustrie gegründet. Das Streben nach Unabhängigkeit von Zulieferanten oder Abnehmern ist dabei neben anderen Motiven entscheidend für solche Gemeinschaftsgründungen.

Als Beispiele hierfür kommen folgende Beteiligungszusammensetzungen in Betracht:

Mehrere Blechwarenhersteller gründen in Form einer GmbH ein Walzwerk, um zumindest von einem Teil ihrer Zulieferanten unabhängig zu sein und deren Zwischengewinnspanne einzusparen.

Mehrere Kohlenzechen gründen in Form einer OHG ein Verhüttungswerk, um damit einen Teil ihres Abbaues an einen festen Abnehmer liefern zu können.

1. Gründungsvereinbarung, Beitragsverpflichtungen und Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens im Verhältnis zum GWB

Die Vereinbarung, ein solches Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, ist kartellrechtlich ebenso zulässig wie die Verpflichtung zu üblichen Beitragsleistungen.

Das gleiche gilt für Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens. Bei allen diesen Vereinbarungen gibt es keine Unterschiede zu den Gemeinschaftsunternehmen der vorher behandelten Fallgruppen.

2. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen im Verhältnis zum GWB

Die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten zu Lasten der Gesellschafterunternehmen wird sich bei diesen Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig erübrigen, soweit sie dem Umfang gesetzlicher Wettbewerbsverbote entsprechen. Werden sie dennoch vereinbart, so fehlt in den meisten Fällen den Gesellschafterunternehmen die Möglichkeit, sich auf dem Gebiet des Gemeinschaftsunternehmens zu betätigen. Insofern liegt kein schutzbedürftiger potentieller Wettbewerb vor²⁵⁴. Noch

²⁵⁴ Vgl. S. 86.

seltener dürfte darin eine potentielle Marktbeeinflussung liegen. Diese würde voraussetzen, daß die jeweilige Marktgegenseite infolge der Aufnahme der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens durch die Gesellschafterunternehmen eine spürbare Erhöhung ihrer Wahlmöglichkeiten erfährt. Doch selbst, wenn man dies annimmt, ist ein solches potentielles Wettbewerbsverbot zulässig. Gerade dann droht die Gefahr der Informationsausbeutung durch einzelne Gesellschafterunternehmen, die den Vorrang des Wettbewerbsverbotes gegenüber § 1 GWB begründet²⁵⁵.

Falls eingeschränkte oder sonstige vertragliche Wettbewerbsverbote vereinbart werden, sind sie wie bei allen Formen von Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich gemäß § 1 GWB unzulässig, soweit sie einem gemeinsamen Zweck entsprechen²⁵⁶. Liegt ihnen kein gemeinsamer Zweck zugrunde, so sind allenfalls die §§ 15 bis 21 GWB heranzuziehen.

3. Kartellrechtliche Zulässigkeit zusätzlicher Förderungspflichten

Neben diesen typischen Abreden, die grundsätzlich in jedem Gesellschaftsvertrag zur Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens vorkommen, werden bei solchen Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig zusätzliche Vereinbarungen getroffen, die sich aus dem besonderen Zweck und Ziel der betreffenden Gemeinschaftsunternehmen ergeben.

Sowohl in dem Falle, in dem weiterverarbeitende Unternehmen ein Rohstoff- oder Zulieferunternehmen gemeinsam gründen und betreiben, als auch dort, wo Rohstoff- oder Zulieferunternehmen ein weiterverarbeitendes Unternehmen gemeinsam gründen, werden die Beteiligten eine vertragliche Sicherung ihrer jeweiligen Interessen in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen oder später durch einen Gesellschafterbeschluß nachholen.

Sind die Gesellschafterunternehmen des Gemeinschaftsunternehmens weiterverarbeitende Betriebe, so wird ihnen daran gelegen sein, sowohl einen festen Anspruch auf eine bestimmte Menge der vom Gemeinschaftsunternehmen erzeugten Produkte zu haben, als auch den Absatz des Gemeinschaftsunternehmens zu sichern.

Verpflichten sie sich, dem Gemeinschaftsunternehmen einen bestimmten Teil seiner Erzeugung abzunehmen, so ist diese Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB, da sie den Nachfragewettbewerb der betreffenden Gesellschafterunternehmen – zumindest zum Teil – einschränkt²⁵⁷. Diese Verpflichtung ist folglich unwirksam, falls sie nicht zur Marktbeeinflussung ungeeignet ist oder einer Rationalisierung dient und daher von der Kartellbehörde erlaubt wird²⁵⁸.

²⁵⁵ Vgl. S. 73.

²⁵⁶ Vgl. S. 78.

²⁵⁷ Vgl. S. 99.

²⁵⁸ Vgl. die Ausführungen auf S. 98 ff., die auch hier gelten.

Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen dagegen, daß jedem von ihnen ein Anspruch auf eine bestimmte Menge zusteht, so beinhaltet dies lediglich ein *Recht* auf Bezug, nicht aber eine *Pflicht*, zur Abnahme dieser Menge.

Wird also innerhalb des betreffenden Gesellschaftsvertrages oder im Wege eines Gesellschafterbeschlusses ein derartiges Abnahmerecht vereinbart, so liegt darin zwar keine Wettbewerbsbeschränkung der Gesellschafterunternehmen, dafür aber eine Beschränkung des Gemeinschaftsunternehmens in seinem Anbieterwettbewerb. Dieses kann jedoch durch seine Gesellschafter auf Grund der ihnen zustehenden Weisungsrechte in seinem freien Wettbewerb beschränkt werden, ohne daß dies in irgendeiner Form gegen wettbewerbsrechtliche Normen verstößt²⁵⁹.

Sind die Gesellschafterunternehmen des Gemeinschaftsunternehmens Zuliefer- oder Rohstoffunternehmen, so werden sie den größten Wert darauf legen, daß ihnen das Gemeinschaftsunternehmen, welches der diese Produkte weiterverarbeitenden Industrie angehört, ihre Rohstoff- oder Zulieferprodukte abnimmt, zumal dies gerade der Hauptgrund für die Schaffung des Gemeinschaftsunternehmens ist.

Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen zu diesem Zweck, dem Gemeinschaftsunternehmen die gesamte Produktion ihrer Erzeugnisse zur Weiterverarbeitung abzugeben, so beschränken sie ihren Anbieterwettbewerb, da sie künstlich ihre Chancen, möglichst günstige Geschäftsabschlüsse durch die Wahlmöglichkeiten ihrer Marktgegenseite zu erzielen, einschränken²⁶⁰. Eine solche Vereinbarung ist somit, von der zweifelhaften Erlaubnismöglichkeit nach § 5 II GWB abgesehen, wettbewerbsrechtlich unzulässig.

Vereinbaren die Beteiligten dagegen, daß sie bis zu einer bestimmten Menge das Gemeinschaftsunternehmen beliefern können, so liegt darin keine Wettbewerbsbeschränkung. In diesem Fall haben die einzelnen Gesellschafterunternehmen wiederum nur das *Recht*, nicht aber die *Pflicht*, eine bestimmte Menge anzuliefern. Sie verpflichten sich insofern nicht, eine bestimmte Menge ihrer Produkte vom Anbieterwettbewerb fernzuhalten. Bei einer solchen Vereinbarung wird allerdings dem Gemeinschaftsunternehmen die Verpflichtung auferlegt, bezüglich einer gewissen Menge von Zuliefergütern auf einen Nachfragerwettbewerb zu verzichten. Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Gemeinschaftsunternehmen von seinen Gesellschaftern auferlegt werden, sind jedoch kartellrechtlich zulässig und können insofern uneingeschränkt vereinbart werden²⁶¹.

3. ABSCHNITT

Zusammenfassung

Die bloße Vereinbarung, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen oder ein bestehendes Unternehmen anteilig zu erwerben und es als Gemeinschaftsunter-

²⁵⁹ Vgl. zur Begründung S. 80/81.

²⁶⁰ Vgl. BKartA, BB 1964, S. 492 (Teerverwertung).

²⁶¹ Vgl. S. 80/81.

nehmen zu betreiben, ist, gleich welche Beteiligungszusammensetzung im Einzelfall vorliegt, kartellrechtlich zulässig.

Das gleiche gilt für die Verpflichtung zu Beitragsleistungen, soweit sie keine Wettbewerbsbeschränkungen enthalten.

Abreden unter den Gesellschafterunternehmen, sich nicht mehr oder künftig nicht auf dem Gebiet des Gemeinschaftsunternehmens zu betätigen, sind kartellrechtlich – ohne Unterschied in der Beteiligungszusammensetzung – zulässig, soweit sie gesetzlichen Wettbewerbsverboten entsprechen und dadurch nicht der gesamte Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ausgeschlossen wird.

Eingeschränkte oder sonstige vertragliche Wettbewerbsverbote zu Lasten der Gesellschafterunternehmen sind dagegen unzulässig und allenfalls im Wege einer Erlaubniserteilung wirksam.

Kartellrechtlich unbedenklich sind alle Vereinbarungen, die das Gemeinschaftsunternehmen mit Wettbewerbsbeschränkungen belasten. Gleichgültig ist dabei, ob sie ausdrücklich in Vereinbarungen aufgenommen oder auf Grund vereinbarter Weisungsrechte gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen diesem auferlegt werden.

Zusätzliche Förderungspflichten, in erster Linie Bezugs- oder Zulieferungsverpflichtungen zu Lasten der Gesellschafterunternehmen, sind kartellrechtlich unzulässig. Bei ihnen ist jedoch besonders die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde zu prüfen.

Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen sind, soweit sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, gemäß § 1 GWB unwirksam, falls sie auf kollektiven Absprachen zwischen den Gesellschafterunternehmen beruhen. Werden sie ohne solche Absprachen getroffen, so unterliegen sie nur dann dem GWB, wenn zwischen dem einzelnen Gesellschafterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen kein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht, welches es dem betreffenden Gesellschafterunternehmen allein erlaubt, das Gemeinschaftsunternehmen seinen Anordnungen zu unterwerfen.

Besteht ein solches nicht, so ist § 1 GWB anwendbar, falls den betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt. Fehlt es an einem gemeinsamen Zweck, so sind die §§ 15 bis 21 GWB heranzuziehen.

Zusätzliche Abreden unter den Gesellschafterunternehmen, die zwar im Zusammenhang mit der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens eingegangen werden, aber zu dieser in keiner Beziehung stehen und lediglich eine weitere Zusammenarbeit zwischen den Gesellschafterunternehmen regeln sollen, sind nach den Grundsätzen der §§ 1 oder 15 bis 21 GWB zu überprüfen. Sie enthalten keine für das Gemeinschaftsunternehmen typischen kartellrechtlichen Probleme.

4. TEIL

Die Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum GWB

Im Falle der bisher erörterten Gemeinschaftsunternehmen wurde ein zusätzliches, neben den Unternehmen der Gesellschafterunternehmen bestehendes Unternehmen gegründet oder betrieben, das alle oder zumindest fast alle Unternehmensfunktionen auf dem Gebiete seiner wirtschaftlichen Tätigkeit inne hatte. Den nunmehr zu untersuchenden Funktionsgemeinschaften¹ werden hingegen nur solche Funktionen übertragen, die lediglich einen *Teil* der Aufgaben darstellen, die ein Unternehmen zu bewältigen hat, wie beispielsweise Verkauf, Einkauf oder Werbung². Sinn und Zweck der Funktionsgemeinschaften ist in diesen Fällen die Übernahme einer bestimmten Unternehmensfunktion oder unternehmerischen Einrichtung, die die Gesellschafterunternehmen aus ihren Unternehmen völlig oder teilweise ausgliedern, um sie für alle gemeinsam von der Funktionsgemeinschaft erfüllen zu lassen. Während das Gemeinschaftsunternehmen aus sich heraus funktions- und wirtschaftlich lebensfähig ist, kann eine Funktionsgemeinschaft folglich nur im Zusammenhang mit den Gesellschafterunternehmen bestehen; sie hat auch nur insofern eine wirtschaftliche Bedeutung. Eine Funktionsgemeinschaft greift auf Grund ihrer Aufgabe als Ergänzung der Betriebe der Gesellschafterunternehmen zwangsläufig in den Bereich der Gesellschafterunternehmen ein und fordert infolgedessen Vereinbarungen und Beschränkungen bezüglich der Gesellschafterunternehmen geradezu heraus. Bei den Gemeinschaftsunternehmen sind diese infolge ihrer unternehmerischen Selbständigkeit gegenüber den Gesellschafterunternehmen nur ausnahmsweise oder doch zumindest weit weniger notwendig.

Demnach besteht zwischen den Gemeinschaftsunternehmen und den Funktionsgemeinschaften zunächst sachlich ein gewisser Unterschied, der die größere Anfälligkeit zu wettbewerbsbeschränkenden Abreden bei der Gründung und dem Betrieb von Funktionsgemeinschaften erklärt. Daneben entsteht die Frage, ob und inwieweit diese sachlichen Unterschiede bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zu den Gemeinschaftsunternehmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können.

¹ Vgl. zur Definition S. 25.

² Vgl. S. 22/23.

1. ABSCHNITT

Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der kartellrechtlichen Problematik gegenüber den Gemeinschaftsunternehmen

Auch Funktionsgemeinschaften können nur durch einen Gesellschaftsvertrag entstehen³. Infolgedessen sind auch im Zusammenhang mit ihnen nur vertragliche Abmachungen, sei es im Rahmen des entsprechenden Gesellschaftsvertrages oder in zusätzlichen Vereinbarungen, kartellrechtlich zu überprüfen.

1. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Gründungsvereinbarung

Im Rahmen der grundsätzlichen Vereinbarungen, die jeder Gesellschaftsvertrag enthält, stellt sich – wie schon bei den Gemeinschaftsunternehmen – die Frage, ob die Vereinbarung, eine solche Funktionsgemeinschaft zu gründen, wettbewerbsrechtlich zulässig ist. Auch in diesem Zusammenhang ist dies ohne weiteres zu bejahen. Ist schon die Gründung oder der Erwerb und die Weiterführung eines Unternehmens zulässig, das die gleichen Erzeugnisse wie die Beteiligten herstellt und somit zu diesen in unmittelbaren Wettbewerb tritt, so muß dies ebenso gelten, wenn ein Wirtschaftsobjekt gegründet wird, das nur eine bestimmte Betriebsfunktion der Beteiligten ausführt. In einem solchen Fall werden durch die Gründungsvereinbarung das Streben nach möglichst günstigen Geschäftsabschlüssen mit der Marktgegenseite oder die Chancen, die sich für die Beteiligten aus den Wahlmöglichkeiten ihrer Marktgegenseite ergeben, weder durch eine Beschränkung des Außenwettbewerbes noch durch eine Eigenbeschränkung eingengt oder ausgeschlossen.

Die Möglichkeiten wettbewerbsbeschränkender Folgen, die sich aus einer derartigen Gründungsvereinbarung ergeben können – man denke beispielsweise im Rahmen einer Verkaufsgemeinschaft an angegliche Preise – sind kartellrechtlich unerheblich. Denn nur, wenn die betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen *Gegenstand* der vertraglichen Verpflichtung sind, können die §§ 1 oder 15 bis 21 GWB herangezogen werden, je nachdem, ob ein gemeinsamer Zweck vorliegt oder nicht⁴. Die bloße Vereinbarung, eine Funktionsgemeinschaft zu gründen oder zu betreiben ist damit in jedem Falle kartellrechtlich zulässig. Insoweit ergibt sich kein Unterschied zu den Gemeinschaftsunternehmen.

2. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beitragsverpflichtungen

Die zweite »typische« Vereinbarung im Rahmen von Gesellschaftsverträgen zur Gründung einer Funktionsgemeinschaft ist die Eingehung von Beitragsverpflichtungen. Sie dienen bei einer Funktionsgemeinschaft oft nicht nur der Ent-

³ Vgl. S. 32.

⁴ Vgl. S. 48.

stehung des gemeinsamen Kooperationsobjekts, sondern sind auch in vielen Fällen zu seiner Erhaltung notwendig. Ein Gemeinschaftsunternehmen trägt sich im Regelfall nach einer kurzen Anlaufzeit infolge seiner wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit selbst; eine Forschungs- oder Werbegemeinschaft beispielsweise benötigt zur Erfüllung ihrer Aufgaben laufende Beiträge, zu deren Entrichtung sich die Gesellschafterunternehmen verpflichten müssen.

Derartige Beitragspflichten sind, ebenso wie im Falle der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, soweit sie die Aufbringung von Kapitalien, sonstigen Sacheinlagen oder Rechten betreffen, kartellrechtlich ohne weiteres zulässig; die Beteiligten dürfen sich allerdings im Zusammenhang mit solchen Verpflichtungen nicht zusätzliche Bindungen auferlegen, die sie in ihrer gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit oder in den Funktionen, die der Funktionsgemeinschaft aufgetragen werden, in irgendeiner Form einschränken. Die Abrede, etwa eingebrachte Rechte – man denke an eine Patentgemeinschaft – oder »eingebrachte« Geschäftsverbindungen – man denke an eine Verkaufsgemeinschaft – selbst nicht mehr zu nutzen, ist eine solche zusätzliche Bindung, die gemäß § 1 GWB unwirksam wäre⁵.

Im Rahmen der Funktionsgemeinschaften ergibt sich auf Grund der laufenden Beiträge, die regelmäßig zu erbringen sind, eine kartellrechtliche Besonderheit⁶ gegenüber den Beitragsverpflichtungen bei Gemeinschaftsunternehmen.

Oft wird vereinbart, daß die Höhe der Beiträge von der Inanspruchnahme der Funktionsgemeinschaft – beispielsweise einer Verkaufsgemeinschaft – abhängig ist und diese sich bei erhöhter Beanspruchung verringert. Eine derartige Abrede zwingt die Beteiligten dazu, sich zur Vermeidung von Nachteilen in Form höherer Beitragsleistungen Beschränkungen sowohl im Anbieter- wie auch im Nachfragewettbewerb hinsichtlich anderer Unternehmen, die die gleichen Leistungen wie die Funktionsgemeinschaft erbringen, aufzuerlegen. Durch die Vereinbarung derartiger Nachteile wird die Wettbewerbsfreiheit ebenso beschränkt wie durch einen ausdrücklichen Verzicht darauf⁷. Folglich liegt darin eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB, die, falls dadurch eine konkrete Marktbeeinflussung eintritt, unwirksam ist.

3. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten

Ebenso wie bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen wird auch bei den Funktionsgemeinschaften häufig für die einzelnen Gesellschafterunternehmen die Notwendigkeit bestehen, ein Wettbewerbsverbot zu Gunsten der Funktionsgemeinschaft zu vereinbaren. So ist es beispielsweise bei einer Einkaufsgemeinschaft zweckmäßig, festzulegen, daß kein Mitgliedsunternehmen mehr auf dem

⁵ Vgl. S. 54.

⁶ Vgl. Benisch, WuW 1958, S. 280, der im Rahmen einer Verkaufsgemeinschaft auf diese Frage hinweist.

⁷ Müller-Henneberg in Gem.Komm., § 1 GWB, Rdz. 30, für den vergleichbaren Fall der Ausgleichszahlung bei Unterbietung vereinbarter Preise.

Gebiete des Einkaufs selbständig tätig sein darf. Nur dann ist gewährleistet, daß alle Güter von der oder über die Einkaufsgemeinschaft bezogen werden und letztere von vornherein kalkulieren und durch große Einkäufe auch hohe Rabatte erzielen kann.

Ob jedoch allein diese Zweckmäßigkeit genügt, um generell ein solches Wettbewerbsverbot im Rahmen von Funktionsgemeinschaften für zulässig zu erklären, ist zweifelhaft.

Bei den Gemeinschaftsunternehmen ist ein (gesetzliches) Wettbewerbsverbot nur deshalb und insoweit kartellrechtlich zulässig, wie es dem Schutz vor einer Informationsausbeutung zu gemeinschaftswidrigen Zwecken entspricht, da andernfalls die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, die grundsätzlich vom GWB gebilligt werden, unmöglich wäre⁸. Dieser Schutz vor einer gesellschaftswidrigen Informationsausbeutung ist aber gerade bei den meisten Funktionsgemeinschaften nicht erforderlich. Denn die Gesellschafterunternehmen erhalten im Rahmen der meisten Funktionsgemeinschaften – man denke an eine Verkaufs-, Einkaufs-, Werbe- oder Transport- und Lagergemeinschaft – keine so wertvollen Informationen, daß deren Ausnutzung den Bestand der betreffenden Funktionsgemeinschaft gefährden würde; außerdem wird die Funktionsgemeinschaft errichtet, um den *einzelnen* Gesellschafterunternehmen zu dienen, nicht aber wie bei einem Gemeinschaftsunternehmen, um ein wirtschaftliches Eigengebilde zu schaffen. Insofern ist die Informationsausbeutung geradezu mit ein Beweggrund für die Gründung von Funktionsgemeinschaften, sie macht zumindest deren Gründung nicht unmöglich.

Überdies entspricht die Errichtung von Gesellschaften, die lediglich Teilfunktionen der Unternehmen der einzelnen Gesellschafter erfüllen sollen und diese infolgedessen voraussetzen, weder dem Grundgedanken des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes, noch verlangt in derartigen Fällen die Treupflicht ein solches generelles Wettbewerbsverbot, da die Funktionsgemeinschaft keinen Eigenwert hat. Eine Funktionsgemeinschaft wird nur als Ergänzung der schon bestehenden Unternehmen, nicht aber als Selbstzweck – wie ein Gemeinschaftsunternehmen – geschaffen, aus dem sich zwangsläufig eine Pflicht zum Schutz des Kooperationsobjekts ergibt.

Hinzu kommt, daß die Beteiligten im Rahmen einer Funktionsgemeinschaft in erster Linie das Ziel einer Entlastung und Rationalisierung ihrer eigenen Betriebe verfolgen und die Funktionsgemeinschaften somit keine Erwerbs-, sondern fast ausschließlich Funktionsgesellschaften sind, die als Ergänzung zu Erwerbsgesellschaften geschaffen werden. Damit entsprechen sie den Kartellgesellschaften, die lediglich die unmittelbare Förderung der Interessen der einzelnen Gesellschafterunternehmen zur Aufgabe haben und im Gegensatz zu den vom GWB grundsätzlich gebilligten Erwerbsgesellschaften stehen⁹.

Wettbewerbsverbote können zwar bei den einzelnen Arten von Funktionsgemeinschaften aus verschiedenen Gründen angebracht und auch kartellrechtlich

⁸ Vgl. S. 72.

⁹ Vgl. S. 71 und Anm. 159.

zulässig sein, eine generelle Zulässigkeit ist jedoch – anders als bei den Gemeinschaftsunternehmen – nicht gegeben. Vielmehr ist im Rahmen jeder einzelnen Funktionsgemeinschaft zu untersuchen, inwieweit Tätigkeitsbeschränkungen der Beteiligten auf dem Gebiet der Funktionsgemeinschaft zulässig sind.

Eingeschränkte Wettbewerbsverbote sind dagegen grundsätzlich, ebenso wie bei Gemeinschaftsunternehmen, kartellrechtlich unzulässig, soweit sie gemeinsamen Zwecken entsprechen. Es besteht auch hier lediglich die Möglichkeit der Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde.

4. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Funktionsgemeinschaft

In bezug auf die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen zu Lasten der Funktionsgemeinschaft gibt es wiederum keinen Unterschied zu der Regelung bei den Gemeinschaftsunternehmen. Sie sind auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte der Gesellschafterunternehmen gegenüber der Funktionsgemeinschaft kartellrechtlich unerheblich. Darunter fallen auch Beschränkungen in der Preis-, Konditionen- und Rabattstellung. Wenn der Funktionsgemeinschaft sogar völlige oder eingeschränkte Wettbewerbsverbote auferlegt werden können¹⁰, so ist erst recht eine Beschränkung der Funktionsgemeinschaft in der Ausgestaltung ihrer Geschäftsbedingungen zulässig. § 1 GWB ist auch hier schon deshalb nicht anwendbar, weil die Mitgliedsunternehmen der von ihnen gegründeten Funktionsgemeinschaft sämtliche Beschränkungen kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte auferlegen können und eine vertragliche Beschränkung damit nicht – wie für § 1 GWB erforderlich – konstitutiv ist.

5. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelabreden zwischen Funktionsgemeinschaft und einzelnen Gesellschafterunternehmen

Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Gesellschafterunternehmen und der Funktionsgemeinschaft sind – wie schon angedeutet – nur dann einer kartellrechtlichen Untersuchung zu unterziehen, wenn zwischen den Vertragspartnern kein die Anwendung des GWB von vornherein ausschließendes Abhängigkeitsverhältnis besteht¹¹. Liegt ein solches nicht vor, so sind die §§ 1 oder 15 bis 21 GWB heranzuziehen, je nachdem, ob der betreffenden Abmachung ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt oder nicht. Für die Anwendung der §§ 15 bis 21 GWB gilt grundsätzlich das gleiche wie bei Einzelvereinbarungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen.

6. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Ausschlußvereinbarungen hinsichtlich neuer Mitglieder

Von besonderer Bedeutung ist für viele Arten von Funktionsgemeinschaften – man denke etwa an eine Forschungsgemeinschaft – die Frage, ob vereinbart

¹⁰ TB 1963, S. 64, 19; Tetzner, S. 13; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 44.

¹¹ Vgl. S. 32 ff.

werden kann, daß keine weiteren Mitglieder aufgenommen werden dürfen, oder, daß bei Übergang eines der beteiligten Unternehmen in andere Hände das betreffende Gesellschafterunternehmen aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden kann. In solchen Abreden wäre allenfalls ein Verstoß gegen § 27 GWB zu sehen. Diese Vorschrift ist jedoch für Funktionsgemeinschaften grundsätzlich nicht anwendbar, da es sich bei diesen nicht um *Interessenvereinigungen*¹² handelt, sondern um »Vereinigungen« zu gewerblichen Zwecken durch eigene gewerbliche Tätigkeit oder durch Ausführung von Hilfsfunktionen. Eine Ausnahme macht allein kraft ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz die Gütezeichengemeinschaft. Gerade hieraus ergibt sich aber mit Deutlichkeit, daß alle anderen Funktionsgemeinschaften, soweit sie nicht bloßer Interessenwahrnehmung dienen, nicht unter § 27 GWB fallen.

Neben diesen Grundvereinbarungen im Rahmen des Gesellschaftsvertrages einer Funktionsgemeinschaft gibt es ebenso wie bei den einzelnen Fallgruppen der Gemeinschaftsunternehmen auch bei den einzelnen Arten der Funktionsgemeinschaften jeweils typische Vereinbarungen, die nur im Zusammenhang mit den einzelnen Funktionsgemeinschaften auf ihre kartellrechtliche Bedeutung hin untersucht werden können.

2. ABSCHNITT

Die einzelnen Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum GWB

1. Die Verkaufs- und Vertriebsgemeinschaft

Die Aufgabe einer Verkaufs- oder Vertriebsgemeinschaft besteht darin, Verträge mit Abnehmern entweder im eigenen Namen und auf eigene Rechnung oder für Rechnung der einzelnen Gesellschafterunternehmen oder sogar in deren Namen abzuschließen¹³. Die Verkaufsgemeinschaft verkauft infolgedessen grundsätzlich nicht selbst die Erzeugnisse der beteiligten Unternehmen, sondern verschafft diesen lediglich die entsprechenden Aufträge. Sie kann dabei entweder für jeweils bestimmte Mitgliedsunternehmen vermitteln oder die eingehenden Aufträge nach festgesetzten Regeln oder eigenem Gutdünken verteilen. Sie kann aber auch schließlich als Handelsvertreter i. S. von § 84 HGB den Verkauf im Namen und auf Rechnung der Beteiligten vornehmen, eine Möglichkeit, die im Rahmen des Syndikats teilweise aus steuerlichen Gründen wahrgenommen wird^{13a}.

Ebenso wie bei den Gemeinschaftsunternehmen kann es auch im Rahmen der Verkaufsgemeinschaften vorkommen, daß die einzelnen Gesellschafterunternehmen untereinander nicht alle in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Solche Fälle sind

¹² Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 4.

¹³ Vgl. Völz, WRP 1958, S. 97; Baumbach-Hefermehl, § 5 GWB, Anm. 24; Deringer in Gem. Komm., § 5 GWB, Rdz. 105, für die ähnliche Regelung bei Syndikaten; v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 19.

^{13a} Vgl. Völz, WRP 1958, S. 97.

z. B. bei Verkaufsgemeinschaften der Textilindustrie sehr häufig. Die Beteiligten stellen zwar branchengleiche Erzeugnisse her, die sich der Vollständigkeit des Sortiments wegen besser verkaufen lassen, im einzelnen aber dennoch nicht marktgleichwertig sind (z. B. Verkaufsgemeinschaften von Herrenhemden- und Krautwattenherstellern oder von Erzeugern verschiedener Kurzwaren, wie Knöpfe und Nähgarn).

Wesentliche Unterschiede in der kartellrechtlichen Beurteilung ergeben sich jedoch dadurch nicht, da § 1 GWB keine Beschränkung eines gegenseitigen Wettbewerbes voraussetzt¹⁴.

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Verkaufstätigkeit der Beteiligten

Neben den schon behandelten und bei der Gründung aller Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften auftauchenden Fragen nach der Zulässigkeit der typischen Entstehungsvereinbarungen tritt bei einer Verkaufsgemeinschaft in erster Linie das Problem der Zulässigkeit von Abreden hinzu, die die Tätigkeit der Beteiligten auf dem Verkaufsgebiet zum Inhalt haben.

aa) Ist es den Gesellschafterunternehmen weiterhin gestattet, neben dem Verkauf über die Verkaufsgemeinschaft noch selbst ihre Erzeugnisse zu vertreiben, so ist dies kartellrechtlich unerheblich, selbst wenn sie künftig nur oder fast nur über die Verkaufsgemeinschaft ihre Erzeugnisse absetzen. Eine derartige Vereinbarung enthält ihrem Gegenstand nach keine wettbewerbsbeschränkende Verpflichtung. Die wettbewerbsbeschränkenden Folgen, die sich daraus ergeben oder entwickeln können, unterliegen weder § 1 noch §§ 15 bis 21 GWB.

bb) In vielen Fällen wird vereinbart, daß ausschließlich über die Verkaufsgemeinschaft verkauft werden darf und jeder Eigenabsatz untersagt ist.

Wird eine solche Verpflichtung kollektiv zwischen den Gesellschafterunternehmen vereinbart, so stellt sie regelmäßig eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB dar, da sie den Anbieterwettbewerb unter den Beteiligten völlig ausschließt oder zumindest einschränkt, soweit im Rahmen der Verkaufsgemeinschaft noch ein Wettbewerb unter den Beteiligten stattfindet. Der gemeinsame Zweck liegt in der Rationalisierung der Verkaufsorganisation der einzelnen Gesellschafterunternehmen. Falls dadurch eine konkrete Marktbeeinflussung eintritt, d. h. die Chancen der Marktgegenseite spürbar verringert werden, ist eine derartige Vereinbarung gemäß § 1 GWB unwirksam. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Beteiligten alle untereinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Denn sie beschränken, obwohl untereinander Nichtwettbewerber, ihr Streben nach Abschluß von Geschäftsbeziehungen mit ihrer jeweiligen Marktgegenseite – anders als in den §§ 15 bis 21 GWB vorausgesetzt – aus *gemeinsamen* Zwecken, um eine Rationalisierung ihrer Verkaufsorganisation zu erreichen. Damit ist auch auf diese Vereinbarungen § 1 GWB anwendbar¹⁵.

¹⁴ Vgl. S. 91.

¹⁵ Vgl. S. 91; a. M. Kröger, Betr. 1962, S. 1038 (ohne Begründung).

Derartige Verpflichtungen sind auch nicht unter dem Gesichtspunkt des gesellschaftlichen Wettbewerbsverbotes zulässig. Ein Schutz vor einer Informationsausbeutung ist insoweit nicht notwendig und die Verkaufsgemeinschaft auch ohne solche Verpflichtungen in ihrem Bestand ungefährdet¹⁶.

Es bleibt allenfalls noch die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde.

Anwendbar sind hierbei sowohl § 5 II wie auch § 5 III GWB. Soweit außer der Verpflichtung zur Unterlassung der Eigentätigkeit die sonstigen Syndikatsmerkmale fehlen, kann eine Erlaubniserteilung schon nach den Voraussetzungen von § 5 II GWB in Betracht kommen. Weisen die Verträge der betreffenden Verkaufsgemeinschaften keine Vereinbarungen über Preisfestsetzungen, Quotierung der Aufträge, Gebietsabgrenzung, zentrale Steuerung der Produktion der einzelnen Beteiligten sowie über Ausgleichszahlungen und Aufteilungen von Gewinn und Verlust auf, liegt nicht unbedingt ein Syndikat i. S. von § 5 III GWB vor¹⁷. Die Vereinbarung der bloßen Untersagung einer Eigentätigkeit auf dem Gebiete des Kooperationsobjekts ist den meisten Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften eigen und nicht auf Verkaufs- und Vertriebsgemeinschaften beschränkt. Eine derartige Abrede ist damit auch nicht so speziell, daß sie für das Vorliegen eines Syndikates *allein* ausreichend ist.

Um eine Erlaubnis der Kartellbehörde gemäß § 5 II GWB zu erhalten, muß die betreffende Wettbewerbsbeschränkung einer Rationalisierung der Unternehmen der Beteiligten dienen. Die Vereinbarung, nur noch über die Verkaufsgemeinschaft den Vertrieb der erzeugten Produkte zu besorgen, erlaubt es den einzelnen Gesellschafterunternehmen, ihre eigene Verkaufsorganisation abzubauen und dadurch Kosten einzusparen, was sich wiederum in einem preisgünstigeren Angebot niederschlagen kann. Insofern dient diese Vereinbarung einer Rationalisierung der einzelnen Gesellschafterunternehmen. Die Entscheidung, ob diese Rationalisierung auch geeignet ist, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der betreffenden Unternehmen zu heben sowie die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern und in einem angemessenen Verhältnis zu der Wettbewerbsbeschränkung steht, obliegt allerdings der Kartellbehörde und kann nicht generell beantwortet werden¹⁸.

Wird die Verpflichtung zur ausschließlichen Inanspruchnahme der Verkaufsgemeinschaft von dem einzelnen Gesellschafterunternehmen gegenüber der Verkaufsgemeinschaft eingegangen, so ist, da es meist an einem gemeinsamen Zweck fehlen wird, der Tatbestand von § 18 I Nr. 2 GWB erfüllt, falls nicht zwischen diesem Mitgliedsunternehmen und der Verkaufsgemeinschaft ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das von vornherein eine Anwendung des GWB ausschließt¹⁹.

Bei Agentur- oder Kommissionsverhältnissen, die regelmäßig zwischen den einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Verkaufsgemeinschaft vorliegen, sind allerdings solche »Ausschließlichkeitsbindungen«²⁰ üblich und entsprechen den beider-

¹⁶ Vgl. S. 108.

¹⁷ Vgl. BKartA WuW/E BKartA 846, 851 (Hydromedianik).

¹⁸ Vgl. S. 99.

¹⁹ Vgl. S. 32/33.

²⁰ Rittner, S. 13; Biedenkopf, S. 17.

seitigen Interessen. Aus diesem Grund kann die Kartellbehörde auch nur dann von ihrem Eingriffsrecht Gebrauch machen, wenn diese Verpflichtungen *über* die vertragsgemäßen Interessen hinausgehen²¹. Folglich ist die einzelvertragliche Verpflichtung, der Verkaufsgemeinschaft den Alleinvertrieb einzuräumen, grundsätzlich kartellrechtlich unerheblich²². Derartige Einzelverpflichtungen dürfen jedoch nicht auf der kollektiven Vereinbarung beruhen, die die Beteiligten verpflichtet, solche Einzelabreden gegenüber der Verkaufsgemeinschaft einzugehen²³.

cc) Neben der völligen Beschränkung der eigenen Vertriebstätigkeit treffen die Beteiligten häufig Abreden, die sie verpflichten, einen bestimmten *Teil* ihrer Erzeugnisse oder bestimmte Erzeugnisse ihrer Gesamtproduktion nur durch die Verkaufsgemeinschaft absetzen zu lassen.

Verpflichten sich die einzelnen Gesellschafterunternehmen untereinander zu einer derartigen Verhaltensweise, so beschränken sie ihren Anbieterwettbewerb zumindest für einen gewissen Teil. Infolgedessen unterliegt eine derartige Vereinbarung im Regelfall § 1 GWB und ist insoweit unwirksam.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer einheitlichen Regelung der Verkaufsbedingungen

Infolge des Bestehens der gemeinsamen Verkaufseinrichtung liegt es nahe, daß die Beteiligten auch für die Abwicklung der einzelnen durch die Verkaufsgemeinschaft zustandekommenen Aufträge einheitliche Bestimmungen vereinbaren. Darunter fällt in erster Linie die Festsetzung von einheitlichen Preisen, Rabatten und anderen Verkaufsbedingungen, die die Verkaufsgemeinschaft oder die Beteiligten allen Verträgen einheitlich zugrunde legen müssen²⁴.

Werden solche Vereinbarungen von den Beteiligten untereinander getroffen, so harmonisieren sie damit ihren Anbieterwettbewerb und schränken insoweit ihre eigene Wettbewerbstätigkeit ein. Beschränkungen der Möglichkeiten, mit wem, in welchem Umfang und zu welchen Bedingungen man Geschäftsabschlüsse erzielen kann, stellen in jedem Fall eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes dar, da sie die einzelnen Beteiligten daran hindern, durch der Wettbewerbslage angepaßte Geschäftsbedingungen Abschlüsse mit der Marktgegenseite zu erzielen. Solche Vereinbarungen sind regelmäßig gemäß § 1 GWB unwirksam. Sie unterliegen allerdings teilweise der Sonderregelung von § 2 GWB.

Schreibt das einzelne Mitgliedsunternehmen der Verkaufsgemeinschaft vor, zu welchen Bedingungen sie Verträge für dieses Unternehmen abschließen oder ver-

²¹ *Schwartz* in Gem. Komm., § 18 GWB, Rdz. 20; *Benisch*, WuW 1958, S. 273; *Rasch*, Wettbewerbsbeschränkungen, § 18 GWB, Anm. 4; *Rittner*, S. 145; vgl. auch S. 105 und Anm. 136 daselbst, da das dort Gesagte sinngemäß auch für § 18 GWB gilt; s. *Fikentscher*, Sonstige Verträge, S. 555 ff.

²² Vgl. auch neuerdings *Rittner*, MA 1965, S. 98/99, in seiner kritischen Anmerkung zum Grundig-Consten-Urteil, in der er die Zulässigkeit solcher Bindungen in erster Linie aus der Interessenwahrnehmungspflicht des Vertreibenden herleitet, die auch durch das Kartellrecht nicht eingeschränkt worden sei (s. S. 102); a. M. *Kröger*, Betr. 1962, S. 1038.

²³ Vgl. S. 34.

²⁴ *Benisch*, WuW 1958, S. 276; *Kröger*, Betr. 1962, S. 1038.

mitteln darf, so liegt hierin keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. des GWB. § 1 GWB ist wegen fehlenden gemeinsamen Zweckes meist nicht anwendbar. § 15 GWB ist ebenfalls nicht heranzuziehen, da solche Bindungen zur Natur eines derartigen Agentur- oder Kommissionsverhältnisses gehören²⁵. Bindet sich dagegen das einzelne Mitgliedsunternehmen gegenüber der Verkaufsgemeinschaft in der Gestaltung seiner Preise oder Geschäftsbedingungen oder überläßt es deren bindende Festsetzung der Verkaufsgemeinschaft, so wird dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 15 GWB vereinbart, da auch Beschränkungen in selbständigen Verträgen den Tatbestand von § 15 erfüllen können²⁶. Solche Vereinbarungen sind allerdings nur dann unwirksam, wenn die Verkaufsgemeinschaft im Namen des betreffenden Mitgliedsunternehmens abschließt. Ist die Verkaufsgemeinschaft dagegen Eigenhändler oder schließt sie die Verträge zwar auf Rechnung des betreffenden Mitgliedsunternehmens, aber in eigenem Namen ab, so ist § 15 GWB nicht anwendbar, soweit sich diese Beschränkungen nur auf die von der Verkaufsgemeinschaft abzuschließenden Verträge beziehen. In diesen Fällen geht die Verkaufsgemeinschaft anders als bei Verträgen, die sie im Namen der einzelnen Mitgliedsunternehmen abschließt, *selbst* die Verträge ein, deren Inhalt Beschränkungen unterliegt. Insofern fehlt es an den in § 15 GWB geforderten Zweitverträgen, in deren Inhaltsfreiheit der Gebundene, d. h. das einzelne Mitgliedsunternehmen beschränkt ist.

c) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Regeln über die Auftragsverteilung

Eine weitere wichtige und typische Bestimmung im Rahmen der Gründung einer Verkaufsgemeinschaft ist die Vereinbarung über die Verteilung der Aufträge, die die Verkaufsgemeinschaft von den Abnehmern entgegengenommen hat.

Befinden sich die Erzeugnisse der Beteiligten untereinander nicht im Wettbewerb, so entfällt regelmäßig eine solche Vereinbarung; anders jedoch, wenn – wie in den meisten Fällen – die Erzeugnisse der einzelnen Gesellschafterunternehmen miteinander im Wettbewerb stehen.

Wird von den Beteiligten kollektiv im Rahmen des Gesellschaftsvertrages oder in einer zusätzlichen Abmachung ein bestimmtes Aufteilungsschema vereinbart, so beschränken die betreffenden Unternehmen dadurch sowohl ihr Streben nach möglichst günstigen Verkaufsabschlüssen als auch ihre Chancen, die sich aus der Wahlmöglichkeit der Marktgegenseite ergeben. Sie erhalten ihre Aufträge nach einem starr festgelegten System und nicht mehr auf Grund eigenen Wettbewerbshandelns. Der gemeinsam angestrebte Zweck liegt dabei in einer Rationalisierung ihrer Betriebe durch Wegfall einer eigenen Verkaufsorganisation und der dadurch bedingten Kosteneinsparung. Derartige Abmachungen sind infolgedessen gemäß § 1 GWB unwirksam²⁷. Die Beteiligten können allerdings, ohne damit einen Verstoß gegen das GWB zu begehen, vereinbaren, daß die Verkaufsgemeinschaft

²⁵ *Rasch*, Wettbewerbsbeschränkungen, § 15 GWB, Anm. 3; *Baumbach-Hefermehl*, § 15 GWB, Anm. 16; *Schwartz* in *Gem. Komm.*, § 15 GWB, Rdz. 13.

²⁶ Vgl. S. 83.

²⁷ *Benisch*, WuW 1958, S. 278; derselbe, *Kooperationsfibel*, S. 89.

selbst die Auswahl unter den einzelnen Beteiligten vornimmt²⁸. In einem derartigen Fall besteht zwischen den einzelnen Beteiligten innerhalb der Verkaufsgemeinschaft ein Wettbewerb um den Erhalt der Verkaufsaufträge, der mit allen zulässigen Wettbewerbsmitteln wie Preisunterbietungen, Qualitätsverbesserungen und gesteigerter Lieferbereitschaft ausgeführt wird. Hier liegt keine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes der Beteiligten und damit auch kein Fall des § 1 oder anderer Vorschriften des GWB vor.

d) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Tätigkeitsbeschränkungen der Verkaufsgemeinschaft

Neben Beschränkungen der Eigentätigkeit der Gesellschafterunternehmen sind solche auch bei der Verkaufsgemeinschaft möglich. Hierbei handelt es sich um Vereinbarungen, die festlegen, daß die Verkaufsgemeinschaft nur in einem bestimmten Umfang Verträge abschließen darf, der jeweils von den Beteiligten festgesetzt wird. Damit soll verhindert werden, daß die Verkaufsgemeinschaft mehr Aufträge abschließt als die Beteiligten infolge ihrer Kapazität ausführen können. Hand in Hand damit wird meist vereinbart, daß die Verkaufsgemeinschaft die Aufträge nur an die Gesellschafterunternehmen verteilen und keine anderen Erzeuger zur Ausführung heranziehen darf.

In beiden Fällen wird die Funktionsgemeinschaft in ihrem Streben nach möglichst günstigen und zahlreichen Geschäftsabschlüssen eingeschränkt. Solche Beschränkungen der gemeinsam errichteten Funktionsgemeinschaft fallen jedoch nicht in den Bereich des GWB. Wer Unternehmen oder unternehmensähnliche Gebilde neu schafft oder in seine Abhängigkeit bringt, darf ihnen auch wettbewerbsbeschränkende Weisungen geben²⁹.

e) Kartellrechtliche Zulässigkeit angeglicherener Kreditgrenzen

Häufig wird im Rahmen einer Verkaufsgemeinschaft zwischen den Beteiligten eine Angleichung von Kreditgrenzen vereinbart. Der Verkaufsgemeinschaft wird vorgeschrieben, daß sie bei Abschluß der einzelnen Kaufverträge jeweils nur bis zu einer bestimmten Höhe oder Laufzeit Kredit gewähren darf³⁰.

Vereinbaren die Gesellschafterunternehmen kollektiv solche Kreditgrenzen, so liegt darin eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB. Sie setzen dadurch ihrem Streben nach Geschäftsabschlüssen mit der Marktgegenseite eine Grenze, da sie keine Geschäftspartner mehr durch eine von der Festlegung abweichende Kreditgewährung gewinnen können.

Sonstige zusätzliche Abreden, die beispielsweise eine Spezialisierung in den Produktionsprogrammen der Beteiligten herbeiführen sollen, sind nach allgemeinen

²⁸ Benisch, Kooperationsfibel, S. 89.

²⁹ Vgl. zur Begründung S. 32/33.

³⁰ Benisch, WuW 1958, S. 277.

kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Für sie gilt das gleiche wie für alle derartigen Abreden, gleich, ob sie im Rahmen einer Verkaufsgemeinschaft oder völlig isoliert davon abgeschlossen werden.

2. Die Einkaufsgemeinschaft

Bei der Einkaufsgemeinschaft, einer der verbreitetsten Funktionsgemeinschaften, ergeben sich im wesentlichen die gleichen kartellrechtlichen Fragen wie bei der Verkaufsgemeinschaft.

Sie kauft entweder im eigenen Namen und für eigene Rechnung ein oder vermittelt lediglich die Einkäufe ihrer Mitgliedsunternehmen und schließt die Kaufverträge in deren Namen ab³¹.

Die Gründung einer Einkaufsgemeinschaft ist ebenso wie die aller Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften kartellrechtlich zulässig. Hier wird dies besonders deutlich, da im Rahmen der Gesetzesberatungen im Zusammenhang mit den Einkaufsgenossenschaften zu der Frage Stellung genommen wurde, ob die bloße Gründung solcher Genossenschaften ohne wettbewerbsbeschränkende Bindungen nach § 1 GWB zulässig ist³².

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Regelung der Einkaufstätigkeit der Beteiligten

Eine besondere Rolle spielt im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft die Vereinbarung, ausschließlich oder zumindest zu einem gewissen Teil die benötigten Güter durch die Einkaufsgemeinschaft zu beziehen.

Durch eine derartige Verpflichtung unter den Gesellschafterunternehmen wird jeder der Beteiligten in seinem Nachfragewettbewerb beschränkt, da er nunmehr völlig oder zum Teil die Möglichkeit verliert, seinen Bedarf bei anderen Anbietern zu decken oder andere Nachfrager durch Überbieten von Einkaufsmöglichkeiten fernzuhalten³³.

Solche Bezugsverpflichtungen sind infolgedessen, soweit sie zu einer konkreten Marktbeeinflussung führen, gemäß § 1 GWB unwirksam. Sie sind auch unter Heranziehung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes nicht zulässig, da es insofern an einem dementsprechenden Schutzbedürfnis fehlt³⁴.

Das gleiche gilt für die Verpflichtung, keinen anderen Einkaufsgemeinschaften anzugehören, da auch hierdurch der Nachfragewettbewerb in Form des Strebens nach Geschäftsabschlüssen mit der Anbieterseite ausgeschlossen wird³⁵.

Es besteht kein Unterschied, ob die Mitgliedsunternehmen untereinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen oder nicht. Da die einzelnen Beteiligten

³¹ Vgl. Benisch, Kooperationsfibel, S. 119.

³² Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 31; Günther, MA 1957, S. 44.

³³ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 30.

³⁴ Vgl. S. 108.

³⁵ Franzen-Boeckle, MA 1959, S. 15.

ihr jeweiliges Nachfragestreben in einem gemeinsamen Interesse, das auf eine Rationalisierung der eigenen Einkaufstätigkeit gerichtet ist, einschränken, ist § 1 GWB anwendbar³⁶.

In allen Fällen bleibt allerdings noch die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde gemäß § 5 II oder III GWB.

Werden die erwähnten Bezugsverpflichtungen zwischen der Einkaufsgemeinschaft und einem einzelnen Mitgliedsunternehmen vereinbart, so ist, falls ein gemeinsamer Zweck fehlt, § 18 I Nr. 2 GWB anwendbar, sofern die betreffenden Einzelvereinbarungen überhaupt dem GWB unterliegen³⁷.

Soweit die Einkaufsgemeinschaft die Einkäufe der Mitgliedsunternehmen lediglich vermittelt, besteht zwischen diesen und der Einkaufsgemeinschaft wiederum ein Agentur- oder Kommissionsverhältnis, dessen Ausschließlichkeitsbindungen regelmäßig der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde entzogen sind³⁸.

Allerdings wird in aller Regel kein Bedürfnis bestehen, ausschließliche oder teilweise Bezugsverpflichtungen zu vereinbaren, da ein Bezug von der Einkaufsgemeinschaft für die einzelnen Beteiligten ohnehin am günstigsten ist und es zu seiner Verwirklichung daher keiner Verpflichtung bedarf³⁹. Wird von den Beteiligten in der Folge tatsächlich nur von der Einkaufsgemeinschaft bezogen, so liegt darin mangels einer dahingehenden Verpflichtung kein Verstoß gegen § 1 GWB.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer Quotierung der eingekauften Güter

Neben der Vereinbarung von Bezugsverpflichtungen sind bei verschiedenen Einkaufsgemeinschaften Abmachungen über eine Quotierung der eingekauften Güter von erheblicher Bedeutung.

In diesem Zusammenhang wird festgelegt, daß von den eingekauften Gütern den einzelnen Gesellschafterunternehmen gewisse Quoten zustehen sollen. Derartige Bestimmungen erlangen bei Einkaufsgemeinschaften, deren Beteiligte Wirtschaftszweigen angehören, in denen Materialknappheit herrscht, eine große Bedeutung. Auch bei besonders günstigen Rabatteinkäufen der Einkaufsgemeinschaft ist es zweckmäßig, für die einzelnen Beteiligten Höchstbezugsmöglichkeiten festzulegen, um eine etwa gleichmäßige Verteilung der Güter zu erreichen. Soweit solche Abreden kollektiv unter den Gesellschafterunternehmen der Einkaufsgemeinschaft getroffen werden, sind sie immer dann zulässig, wenn damit für den einzelnen Beteiligten kein Abnahmewang verbunden wird. In diesem Fall wird keiner der Beteiligten in seinem Nachfragewettbewerb, sei es zum Teil oder völlig, eingeschränkt. Ist mit der Quotierung eine Abnahmeverpflichtung verbunden, so liegt darin ebenso ein Verstoß gegen § 1 GWB wie in einer ausschließlichen oder teilweisen Bezugsverpflichtung⁴⁰.

³⁶ Vgl. S. 91.

³⁷ Vgl. S. 32/33.

³⁸ Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei der Verkaufsgemeinschaft, S. 114, die auch hier gelten.

³⁹ Vgl. Benisch, WuW 1960, S. 850; v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 113.

⁴⁰ Vgl. S. 99.

c) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen im Weiterverkauf

Vereinbarte Beschränkungen im Weiterverkauf unterliegen, unabhängig davon, ob die eingekauften Güter unverändert oder nach einer Be- oder Verarbeitung weiterveräußert werden, soweit sie zu einer Marktbeeinflussung geeignet sind, dem Kartellverbot des § 1 GWB, da sie die betreffenden Beteiligten in ihrem Anbieterwettbewerb einschränken. Werden derartige Beschränkungen in Einzelabmachungen zwischen der Einkaufsgemeinschaft und einem einzelnen Mitgliedsunternehmen getroffen, so sind, soweit ein gemeinsamer Zweck fehlt, die §§ 15 oder 18 GWB anwendbar.

3. Die Werbegemeinschaft

Auf Grund der hohen Kosten, die eine moderne Werbung verursacht, erfreut sich die Gründung von Werbegemeinschaften einer steigenden Beliebtheit; sie ist neben den Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften die am häufigsten vorkommende Art von Funktionsgemeinschaften.

Bei einer Werbegemeinschaft werden die Beteiligten in aller Regel in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, da nur dann eine Rationalisierung infolge gemeinsamer Werbung für die gleiche oder zumindest marktgleichwertige wirtschaftliche Tätigkeit möglich ist. Es kommen aber auch vereinzelt Fälle vor, in denen Nichtwettbewerber eine Werbegemeinschaft gründen, um sich von der eigenen Werbetätigkeit zu entlasten und Kosten zu sparen⁴¹. Für die kartellrechtliche Problematik ergeben sich dabei jedoch keine Besonderheiten, da evtl. vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen in allen diesen Fällen grundsätzlich zu einem gemeinsamen Zweck erfolgen und folglich die Vorschrift des § 1 GWB – auch für Vereinbarungen unter Nichtwettbewerbern – heranzuziehen ist⁴².

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einschränkungen der Werbetätigkeit der Beteiligten

Die wichtigste Abrede im Rahmen der Gründung einer Werbegemeinschaft ist, neben der kartellrechtlich unbedenklichen Gründungsvereinbarung, die Verpflichtung zur gänzlichen oder teilweisen Unterlassung einer Eigenwerbung der Beteiligten.

Der Verzicht auf Eigenwerbung im Rahmen eines Kollektivvertrages, also eines Vertrages zwischen den Beteiligten zu einem gemeinsamen Zweck, ist unter zwei Gesichtspunkten zu würdigen.

Einmal kann eine solche Vereinbarung eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes beinhalten, zum anderen kann darin auch die Verpflichtung zur Nichtinanspruchnahme anderer Werbeunternehmen liegen, soweit es dem betreffenden

⁴¹ Vgl. Benisch, Kooperationsfibel, S. 189 (Werbegemeinschaft mit Beteiligung verschiedener Branchen); v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 22 ff.

⁴² Vgl. S. 91.

Unternehmen nicht gestattet ist, andere Werbeträger zur Eigenwerbung heranzuziehen. Möglich ist eine derartige Abrede sowohl unter Wettbewerbern wie auch unter Nichtwettbewerbern. Der gemeinsame Zweck ist eine Stärkung der gemeinsamen Werbegemeinschaft und der daraus folgenden Rationalisierung in der Werbesparte der eigenen Unternehmen.

aa) Entscheidend ist für die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verzichts auf Eigenwerbung unter dem Gesichtspunkt des Anbieterwettbewerbes, ob er eine Wettbewerbsbeschränkung für das oder die verpflichteten Mitgliedsunternehmen beinhaltet.

Eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB ist die Einschränkung des Strebens nach Geschäftsabschlüssen mit der jeweiligen Marktgegenseite oder die Verringerung der Chancen, Erfordernisse und Gefahren, die sich aus den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite unter verschiedenen Marktbeteiligten ergeben⁴³.

Geht man von dieser Begriffsbestimmung aus, so ist die Vereinbarung des Verzichts auf Eigenwerbung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB. Die Möglichkeiten zu Geschäftsabschlüssen oder die Chancen, die sich aus den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite ergeben, können die einzelnen Marktbeteiligten nur wahrnehmen, wenn die jeweilige Marktgegenseite die entsprechenden Angebote kennt. Nur dann können die Partner der Marktgegenseite ihre Auswahl unter den verschiedenen Anbietern treffen und Geschäftsabschlüsse tätigen. Der Schutz des Wettbewerbes als einer Institution, die in erster Linie den unbeeinflussten Verkehr verschiedener Marktseiten sicherstellen soll⁴⁴, erfordert es, jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt, den Verzicht auf Eigenwerbung als eine Wettbewerbsbeschränkung anzusehen und ihn den Folgen des GWB zu unterstellen⁴⁵.

Um zu einem anderen Ergebnis zu gelangen, wird teilweise der Versuch gemacht, das Element der Vorteilsentziehung für die Marktgegenseite als Charakteristikum jeder Wettbewerbsbeschränkung anzusehen⁴⁶. Nach dieser Auffassung stellt der vertragliche Verzicht auf Eigenwerbung nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB dar, wenn damit der Verlust von Vorteilen für die Marktgegenseite verbunden ist. Nur Vereinbarungen, welche es für die beteiligten Unternehmen ausschließen, zukünftig mit Hilfe von unentgeltlichen Kundendienstleistungen, Waren oder Dienstleistungen Partner der Marktgegenseite neu zu gewinnen oder zu erhalten, fallen nach dieser Auffassung unter § 1 GWB⁴⁷. Eine Werbung, die dagegen ausschließlich der Anpreisung der Waren und der Information der Marktpartner dient, soll durch vertragliche Vereinbarung einge-

⁴³ Vgl. S. 44.

⁴⁴ Vgl. Sölter, S. 56, der von einem Schutz der Funktionen des Marktmechanismus spricht.

⁴⁵ Im Ergebnis ebenso, allerdings ohne Differenzierung danach, ob hierin eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder des Nachfragewettbewerbes nach Werbemitteln liegt; Kröger, Betr. 1962, S. 1036; Benisch, Kooperationsfibel, S. 90; Kooperationsfibel des BWB, S. 34; Rasch, WuW 1961, S. 85; Gleiss-Hootz, NJW 1962, S. 391; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 49; TB 1959, S. 18; BGH, NJW 1962, S. 247.

⁴⁶ So Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 25.

⁴⁷ Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 726.

schränkt oder völlig unterbunden werden können⁴⁸, da sie ihrem Wesen nach nicht geeignet ist, den Marktpartnern Vorteile zu verschaffen, die ihnen durch eine Beschränkung entzogen werden können.

Es ist zunächst fraglich, ob die Entziehung von Vorteilen der jeweiligen Marktgegenseite für den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung charakteristisch und mit § 1 GWB zu vereinbaren ist.

Der Wettbewerb als wirtschaftliche Institution, die den unbeeinflussten Verkehr zwischen den verschiedenen Marktseiten zum Inhalt hat, verlangt seinem Wesen nach nicht notwendigerweise eine Vorteilsverschaffung für die jeweilige Marktgegenseite⁴⁹. Auch die vertragliche Festsetzung von Höchstpreisen, die für die jeweiligen Marktpartner nur von Nutzen sein kann, fällt unter das Verbot des § 1 GWB, soweit dessen übrige Voraussetzungen vorliegen⁵⁰. Der Begriff des Wettbewerbes ist vielmehr von dem Merkmal der Vorteilsverschaffung für die Marktgegenseite frei⁵¹. Er beinhaltet lediglich das Streben nach Geschäftsabschlüssen mit der Marktgegenseite auf Grund freien Wettbewerbsverhaltens.

Die Auswirkungen der betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen auf die Marktgegenseite sind folglich nicht im Rahmen des Tatbestandsmerkmals »Wettbewerbsbeschränkung« zu berücksichtigen, sondern *allein* in Zusammenhang mit der Geeignetheit zur Marktbeeinflussung⁵².

Aber selbst wenn man annimmt, daß zu einer Wettbewerbsbeschränkung die Entziehung von Vorteilen für die Marktgegenseite gehört, liegt auch in dem Verzicht auf eine rein demonstrative Werbung ein Nachteil für die Marktpartner. Es ist für jeden Marktbeteiligten nützlich und sogar notwendig, über die Bedingungen und Angebote der Marktgegenseite informiert zu sein. Nur dann kann der betreffende Marktbeteiligte unter den verschiedenen Angeboten wählen und die erforderlichen Geschäftsabschlüsse tätigen. Gerade in der Auswahl unter verschiedenen Anbietern, die ohne eine Kenntnis von deren Bedingungen nicht möglich ist, liegt aber sowohl der Vorteil für die einzelnen Marktpartner wie auch die Funktion des Wettbewerbes als eines Kampfes um die Gewinnung von Geschäftsabschlüssen. Infolgedessen stellt der vertragliche Verzicht auf eine eigene Werbebetätigung, sei es auch nur rein informativer Art, eine Wettbewerbsbeschränkung dar, die, falls zu gemeinsamen Zwecken vereinbart, unter das Kartellverbot von § 1 GWB fällt, soweit darin eine konkrete Marktbeeinflussung liegt.

Die vertragliche Vereinbarung des Verzichtes auf eine Eigenwerbung ist infolgedessen im Hinblick auf den Anbieterwettbewerb der Beteiligten eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB. Regelmäßig wird diese Verpflichtung

⁴⁸ So Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 28.

⁴⁹ Benisch, WuW 1960, S. 844; Sölter, S. 57 ff. und das dort von ihm angeführte Beispiel; a. M. Borchardt-Fikentscher, S. 15.

⁵⁰ Sölter, S. 56; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 51; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 35; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 11; a. M. Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 27.

⁵¹ Auch in der Begründung und in dem Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses ist darüber nichts erwähnt; vgl. Bericht, S. 15.

⁵² Meyer-Cording, WuW 1962, S. 470; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 49; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB, Anm. 49; aber auch Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 29.

auch zu einem gemeinsamen Zweck, beispielsweise zur Sicherstellung der Funktion der Werbegemeinschaft und zur Rationalisierung der Gesellschafterunternehmen, eingegangen⁵³. Bestehen die Gründerunternehmen der Werbegemeinschaft allerdings aus kleinen und mittleren Unternehmen, so daß die Marktpartner auch ohne Kenntnis der Geschäftsbedingungen der Beteiligten Auswahlmöglichkeiten zu günstigen Bedingungen haben, so fehlt es der betreffenden Vereinbarung an der Geeignetheit zur Marktbeeinflussung⁵⁴. Dann liegt allerdings keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB vor und die betreffende Abrede ist kartellrechtlich unerheblich.

Ist die Geeignetheit zur Marktbeeinflussung im Einzelfall jedoch gegeben, so fällt eine derartige Vereinbarung unter das Kartellverbot. Auch unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes ist eine solche Beschränkung der Eigenwerbung nicht zulässig, da es insoweit an einem dementsprechenden Schutzbedürfnis fehlt⁵⁵. Die Unwirksamkeit dieser Abmachung kann nur im Wege der Erlaubniserteilung gemäß § 5 II GWB beseitigt werden.

Verzichten die einzelnen Gesellschafterunternehmen ohne eine diesbezügliche vertragliche Bindung auf eine weitere Eigenwerbung, so ist dies kartellrechtlich unerheblich, da es an einer *vertraglichen Verpflichtung* zu einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt und nur eine solche unter § 1 GWB fällt⁵⁶.

bb) Die Vereinbarung, künftig keine Eigenwerbung mehr zu betreiben, enthält grundsätzlich auch einen Verzicht auf die Inanspruchnahme anderer Werbemittel. Ähnlich wie bei der Abmachung, nur noch über die gemeinsam betriebene Einkaufsgemeinschaft die entsprechenden Nachfragegüter zu beziehen, wird eine solche Abrede zum Zwecke der wirtschaftlichen Sicherung der Werbegemeinschaft getroffen.

Durch eine derartige Verpflichtung schränken die Beteiligten ihren Nachfragewettbewerb nach Dienstleistungen auf dem Gebiete der Werbung ebenso ein, wie sie durch entsprechende Vereinbarungen im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft ihren Nachfragewettbewerb nach Rohstoffen oder anderen Nachfragegütern beschränkt haben. Darüber hinaus wird eine solche Vereinbarung in der Regel auch zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen, da die Beteiligten dadurch die Werbegemeinschaft sichern und letztlich ihre eigenen Unternehmen im Hinblick auf die Werbung rationalisieren wollen. Fehlt es allerdings an einem solchen gemeinsamen Zweck⁵⁷, so fällt die Vereinbarung eines Verzichtes auf Eigenwerbung nicht unter § 1 GWB. Sie unterliegt allerdings gemäß § 18 I Nr. 2 GWB der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde, da auch horizontale Beschränkungen, soweit es an einem gemeinsamen Zweck fehlt, unter die §§ 15 bis 21 GWB subsumierbar sind⁵⁸.

⁵³ Vgl. zu anderen gemeinsamen Zwecken Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 726.

⁵⁴ Ähnlich Gleiss-Hootz, NJW 1962, S. 391.

⁵⁵ Vgl. S. 108.

⁵⁶ Vgl. S. 50; Benisch, Kooperationsfibel, S. 90.

⁵⁷ Vgl. dazu Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 726.

⁵⁸ Vgl. S. 36.

Ist jedoch ein gemeinsamer Zweck – wie im Regelfall – gegeben, und ist diese Vereinbarung zur Marktbeeinflussung geeignet, werden also dadurch die Auswahlmöglichkeiten der Werbemittelanbieter spürbar verringert⁵⁹, so unterliegt die betreffende Abrede dem Kartellverbot des § 1 GWB. Sie kann allenfalls noch, soweit im einzelnen die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, gemäß §§ 5 II, 5a GWB von der Kartellbehörde erlaubt werden.

cc) Wird eine solche Beschränkung der Eigenwerbung von dem einzelnen Mitgliedsunternehmen gegenüber der Werbegemeinschaft eingegangen, so unterliegt sie grundsätzlich lediglich gemäß § 18 I Nr. 2 GWB der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde. Sie ist im Rahmen eines Dienstleistungsaustauschvertrages eingegangen und beschränkt das betreffende Mitgliedsunternehmen im Bezug gewerblicher Leistungen durch andere Werbeträger.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer kollektiven Festlegung von Werbemaßnahmen

Neben der Verpflichtung, zukünftig jegliche Eigenwerbung zu unterlassen, ist im Rahmen der Gründung einer Werbegemeinschaft die kollektive Festlegung von einzelnen Werbemaßnahmen von großer Bedeutung. Es wird vielfach vereinbart, daß für die einzelnen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Beteiligten mit bestimmten Preis- oder Rabattangaben sowie bestimmten Geschäftsbedingungen geworben wird. Eine derartige Abmachung stellt die Verpflichtung zu einer Wettbewerbsbeschränkung dar, da der einzelne Beteiligte nunmehr nicht mehr durch individuell ausgerichtete Werbeangaben Geschäftsabschlüsse mit der jeweiligen Marktgegenseite erzielen kann, sondern mit von ihm nicht mehr zu beeinflussenden Werbemaßnahmen den Wettbewerb auf seinem Markt bestehen muß. Solche Werbeangaben dürfen infolgedessen nicht auf Grund kollektiver Vereinbarungen durchgeführt werden, zumal sich damit meist der Versuch einer Gesamtharmonisierung des wettbewerblichen Marktverhaltens verbindet⁶⁰. Nur das jeweilige Gesellschafterunternehmen darf bestimmen, mit welchen Preis-, Rabattangaben etc. für seine wirtschaftliche Tätigkeit geworben wird.

4. Die Forschungsgemeinschaft

Im Hinblick auf die hohen technischen und finanziellen Anforderungen, die eine moderne Forschung an ein Einzelunternehmen stellt, bietet die Gründung einer Forschungsgemeinschaft die besten Möglichkeiten, um die Schwierigkeiten, die sich im Rahmen der Forschung vor allem für die kleinen und mittleren Unternehmen ergeben, zu lösen. Sie garantiert den Beteiligten den Fortbestand als selbständige Unternehmen und sichert für sie den Anschluß an die moderne Forschungsentwicklung.

⁵⁹ Vgl. S. 57.

⁶⁰ Benisch, Kooperationsfibel, S. 90.

Die Bildung einer Forschungsgemeinschaft ohne weitere spezielle Vereinbarungen ist, wie die bloße Gründung einer jeden Funktionsgemeinschaft⁶¹, kartellrechtlich unerheblich.

a) *Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Forschung bei den Beteiligten*

Von besonderer kartellrechtlicher Bedeutung sind im Rahmen einer Forschungsgemeinschaft die Vereinbarungen, die sich mit der Eigenforschung der Gesellschafterunternehmen befassen.

Bei der Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen, die eine Beschränkung oder Unterlassung der eigenen Forschungstätigkeit beinhalten, ist zunächst festzustellen, ob diese Abrede zu einem gemeinsamen Zweck getroffen wurde. Ist dies nicht der Fall, so kommen ohnehin nur die §§ 15 bis 21 GWB in Betracht. Beschränkungen auf dem Gebiete der Forschung sind jedoch unter keinen dieser Tatbestände subsumierbar.

Liegt ein gemeinsamer Zweck zugrunde – etwa der gegenseitige Schutz vor einer Ausbeutung der gemeinsamen Forschungsergebnisse zu Gunsten der eigenen Unternehmensforschung oder eine Rationalisierung der eigenen Forschung – so ist § 1 GWB anwendbar, wenn eine derartige Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. dieser Vorschrift enthält.

aa) Die Abrede, die eigene Forschung einzuschränken oder völlig zu unterlassen, stellt eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betreffenden Unternehmen dar; diese Handlungsfreiheit »als solche« ist aber nicht durch § 1 GWB geschützt, sondern lediglich insoweit, als sie sich unmittelbar auf den Markt bezieht⁶².

Die Verpflichtung zur Unterlassung der Forschung enthält jedoch keine solche unmittelbare Beschränkung des *Marktverhaltens* der beteiligten Unternehmen, da sie deren Geschäfte mit den Partnern der Marktgegenseite unbeeinflusst läßt⁶³. Schon aus diesem Grunde ist eine Einschränkung der Eigenforschung keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB⁶⁴.

Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Forschung die Voraussetzung der Produktion oder einer Lizenzvergabe ist und eine Beschränkung derselben eine mögliche Produktion oder Lizenzvergabe verhindert. Zwar sind auch potentielle Wettbewerbsbeschränkungen möglich und unter § 1 GWB subsumierbar, aber auch sie müssen sich, soweit sie unter § 1 GWB fallen, unmittelbar auf das Marktverhalten der beschränkten Unternehmen beziehen und nicht auf innerbetriebliche Maßnahmen, zu denen auch die Forschung gehört.

⁶¹ Vgl. S. 106; s. auch Kooperationsfibel des BWM, S. 23.

⁶² Vgl. S. 52.

⁶³ Vgl. Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 20.

⁶⁴ Im Ergebnis ebenso: Benisch, Kooperationsfibel, S. 77; Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 24; derselbe, WuW 1963, S. 893; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 29; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 1 GWB, Anm. 8; derselbe, WuW 1961, S. 84; a. M. Kröger, Betr. 1962, S. 1036 (ohne Begründung); Kooperationsfibel des BWM, S. 23.

Hinzu kommt, daß potentielle Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie von § 1 GWB erfaßt werden, die relativ sichere Möglichkeit der Entstehung eines Wettbewerbs voraussetzen⁶⁵. Bei der Forschung fehlt es aber grundsätzlich an der relativ sicheren Möglichkeit, daß sie zum Erfolg und damit zu einer Auswertung führt oder führen kann⁶⁶.

Für die Zulässigkeit der Beschränkung der Eigenforschung spricht letztlich auch, daß es dabei regelmäßig an der konkreten Geeignetheit dieser Vereinbarung zur Marktbeeinflussung fehlt. Um eine solche festzustellen und damit den Tatbestand von § 1 GWB zu bejahen, müßte man jedes Forschungsergebnis, bevor es vorliegt, theoretisch auf seine Verwertbarkeit und seinen Nutzen für die Marktgegenseite untersuchen. Infolge der Unsicherheit der Forschung können solche Feststellungen – anders als bei potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen – grundsätzlich nicht getroffen werden. Die Abreden, die eine Einschränkung oder Einstellung der Eigenforschung enthalten, sind damit, selbst wenn man sie entgegen der hier vertretenen Meinung als eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB ansieht, wegen mangelnder Feststellbarkeit der Marktbeeinflussung regelmäßig kartellrechtlich zulässig.

bb) Beschränkt das Verbot der Eigenforschung – wie es die Regel sein wird – auch die Möglichkeit, durch dritte Forschungsinstitute eine Forschung durchführen zu lassen, so liegt darin eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbes. Dadurch verlieren die Mitgliedsunternehmen die Möglichkeit, mit dritten Unternehmen Abschlüsse zu tätigen oder andere Unternehmen von Abschlüssen fernzuhalten⁶⁷. Besteht tatsächlich ein solcher Nachfragewettbewerb oder ist sein Entstehen möglich, so ist die Beschränkung der Eigenforschung unter diesem Gesichtspunkt gemäß § 1 GWB unwirksam, falls dadurch für die entsprechenden Forschungsinstitute eine spürbare Verringerung ihrer Chancen eintritt.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Verpflichtung zum Austausch von Forschungsergebnissen und Lizenzen

Eine weitere typische Vereinbarung im Rahmen der Gründung einer Forschungsgemeinschaft ist die Abrede – soweit die Eigenforschung nicht ausgeschlossen ist – die in den einzelnen Unternehmen der Beteiligten gewonnenen Forschungsergebnisse mit den anderen Mitgliedern der Forschungsgemeinschaft auszutauschen oder sich darüber gegenseitig Lizenzen zu gewähren⁶⁸.

Durch diese Verpflichtung allein wird die Wettbewerbsfreiheit der beteiligten Unternehmen hinsichtlich ihres Marktverhaltens in keiner Weise beeinträchtigt⁶⁹. Gegenstand einer solchen Vereinbarung ist somit keine Wettbewerbsbeschränkung

⁶⁵ Vgl. S. 86.

⁶⁶ Benisch, Kooperationsfibel, S. 77.

⁶⁷ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 30.

⁶⁸ Eine derartige Vereinbarung macht die Forschungsgemeinschaft gleichzeitig zu einer einfachen »Patentgemeinschaft«; s. Magen, S. 56.

⁶⁹ Im Ergebnis ebenso: Reimer in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 20a; Lüdecke-Fischer, S. 739, N 37a; Sander, WuW 1959, S. 506.

i. S. von § 1 GWB. Dies muß selbst dann gelten, wenn es dazu führt, daß die einzelnen Unternehmen Lizenzen nur noch untereinander vergeben⁷⁰.

Die gleiche kartellrechtliche Beurteilung gilt auch für die Verpflichtung, die Forschungsergebnisse nur noch mit den Mitgliedern der Forschungsgemeinschaft auszutauschen. Der bloße Erfahrungsaustausch ist nicht marktbezogen; seine Beschränkung unterliegt folglich nicht § 1 GWB.

Anders verhält es sich dann, wenn sich die Beteiligten vertraglich verpflichten, Lizenzen *nur* noch untereinander oder an Außenseiter nur noch mit Genehmigung der übrigen Mitglieder zu übertragen. In diesem Fall ist die Beschränkung des Lizenzanbieterwettbewerbes Gegenstand der Vereinbarung. Diese Beschränkung bezieht sich unmittelbar auf den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen⁷¹ und fällt somit unter das Kartellverbot von § 1 GWB, vorausgesetzt, daß dadurch auch der Lizenzmarkt *beeinflusst* wird.

Folglich ist beim Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit zur Marktbeeinflussung festzustellen, inwieweit durch die Verpflichtung, vorhandene oder künftige Erfindungen der einzelnen Vertragspartner nicht an Außenseiter in Lizenz zu vergeben, die Chancen der Marktgegenseite, d. h. der Lizenznehmer, verringert werden, Lizenzen des betreffenden Gebietes zu möglichst günstigen Bedingungen zu erringen⁷². Eine solche Feststellung dürfte hinsichtlich der künftigen Erfindungen jedoch nur sehr schwer zu treffen sein. Anders als bei allen sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verträgen sind hier zwei Unbekannte vorhanden, einmal das künftige Forschungsergebnis und zum anderen die möglichen Chancen der Marktpartner. Bei einer derartigen Sachlage ist eine spürbare Marktbeeinflussung nur dann feststellbar, wenn das Forschungsgebiet abgegrenzt ist und die angestrebten und möglichen Ergebnisse etwa erkennbar sind. In allen anderen Fällen liegen die Voraussetzungen, die zur Feststellung einer Geeignetheit zur Marktbeeinflussung i. S. von § 1 GWB erforderlich sind, nicht vor, und es muß von einer Anwendung des § 1 GWB abgesehen werden⁷³.

Ist jedoch eine spürbare Marktbeeinflussung feststellbar, so ist die Vereinbarung, nur noch an Mitglieder der Forschungsgemeinschaft Lizenzen zu vergeben, gemäß § 1 GWB unwirksam. Sie bleibt es auch dann, wenn man § 20 GWB heranzieht; denn auch nach dieser Vorschrift kann sich der Lizenzgeber dem Lizenznehmer gegenüber nicht verpflichten, nur noch an ihn Lizenzen zu vergeben. Insofern ist das Verhältnis von § 1 GWB zu § 20 GWB im Rahmen dieser Vereinbarung nicht von Bedeutung.

c) *Kartellrechtliche Zulässigkeit von Verpflichtungen zur Verwertung von Ergebnissen der Forschungsgemeinschaft*

Neben den bisherigen auf die Forschung bezogenen Vereinbarungen können und werden sehr oft zwischen den Beteiligten Abreden getroffen, die sich nur

⁷⁰ Vgl. S. 50.

⁷¹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 49.

⁷² Vgl. S. 57; ähnlich: Lüdecke-Fischer, S. 740, N 37 a; Reimer in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 20b.

⁷³ a. M. Kooperationsfibel des BMW, S. 23, die eine derartige Vereinbarung in allen Fällen für unzulässig hält.

sekundär mit der Forschung und primär mit der wirtschaftlichen Haupttätigkeit der Gesellschafterunternehmen befassen.

In erster Linie ist es die Vereinbarung, in den einzelnen Unternehmen nur noch Erzeugnisse herzustellen, die aus der gemeinsamen Forschung hervorgegangen sind. Eine solche Abrede stellt eine Wettbewerbsbeschränkung dar, die die Erzeugung der einzelnen Gesellschafterunternehmen betrifft und als solche auch *Gegenstand* der Vereinbarung ist. Liegt außerdem eine Marktbeeinflussung im Einzelfall vor, so ist der Tatbestand des § 1 GWB gegeben und folglich diese Vereinbarung unwirksam. Es bleibt allenfalls noch die Möglichkeit, gemäß §§ 5 I, 9 II GWB die betreffende Vereinbarung anzumelden⁷⁴. Der Anmeldung ist gemäß § 5 I Satz 1 GWB außerdem die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen.

Um eine Auswertung der Ergebnisse der Forschungsgemeinschaft zu sichern, kann auch vereinbart werden, daß die beteiligten Unternehmen bei Auswertungsreife von einzelnen Erfindungen verpflichtet sind, die betreffenden Erzeugnisse herzustellen.

Eine solche Vereinbarung betrifft zwar die Erzeugung der einzelnen Gesellschafterunternehmen, beschränkt diese aber nicht. Gegenstand des Vertrages ist nicht die Beschränkung der Erzeugung, auch wenn diese Abrede im Einzelfall zur Folge hat, daß die einzelnen Unternehmen bei Aufnahme der neuen Produktion ihre übrige Produktion einschränken müssen. Dies wird zudem in vielen Fällen dadurch vermieden, daß zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden.

d) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Nutzung der Forschungsergebnisse

Vielfach wird zum Schutz vor einer individuellen Ausbeutung der Ergebnisse der Forschungsgemeinschaft durch die einzelnen Gesellschafterunternehmen vereinbart, daß die Ergebnisse der Forschung nur in Übereinstimmung mit allen Beteiligten ausgewertet werden und kein Einzelunternehmen ohne Zustimmung aller Beteiligten eine Auswertung vornehmen darf. Eine derartige Vereinbarung ist kartellrechtlich unbedenklich. Sie enthält keine Beschränkung der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder gewerblichen Leistungen, sondern verbietet lediglich eine Auswertung von Forschungsergebnissen, die den betreffenden Unternehmen ohnehin nicht uneingeschränkt zustehen, sondern der Forschungsgemeinschaft, d. h. *allen* Gesellschafterunternehmen und nicht nur einem einzelnen Unternehmen. Verträge und Vereinbarungen, die nur enthalten, was rechtlich ohnehin gilt, können keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, da nur ein rechtlich einwandfreies Wettbewerbsverhalten von § 1 GWB geschützt wird⁷⁵.

⁷⁴ Vgl. Kooperationsfibel des BWM, S. 23.

⁷⁵ *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 36; *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 19 a. E.

Nutzungsvereinbarungen⁷⁶, die die Verwertung der Erfindungen der Forschungsgemeinschaft unter den Beteiligten regeln, sind kartellrechtlich unbedenklich⁷⁷.

Die Erfindungen und Patente der Forschungsgemeinschaft stehen keinem der beteiligten Unternehmen *allein* zu; infolgedessen kann das einzelne Mitgliedsunternehmen diese Erfindungen weder im Lizenzanbieter- noch im sonstigen Anbieterwettbewerb nach eigenem Ermessen verwerten. Beschränkungen, die es auf sich nehmen muß, um diese Erfindungen zu nutzen, behindern es nicht im Wettbewerb, da ein solcher hinsichtlich dieser Erfindungen ohnehin nicht uneingeschränkt möglich ist. Es werden folglich weder die Chancen der Mitgliedsunternehmen noch die ihrer Marktpartner verringert, da auch ohne diese Nutzungsvereinbarungen die entsprechenden Marktchancen nicht bestanden. Dies gilt jedoch nur für Beschränkungen in der Nutzung der innerhalb der Forschungsgemeinschaft gemachten Erfindungen; soweit damit andere Einschränkungen verbunden sind, etwa eine Regelung der Marktaufteilung, gilt dies nicht.

5. Die Transport- und Lagergemeinschaft

Eine im Wirtschaftsleben häufig anzutreffende Form der Funktionsgemeinschaft ist die Transport- und Lagergemeinschaft, die von meist branchen- und stufengleichen Unternehmen zum Zwecke der Rationalisierung gegründet wird und sich mit dem Transport und der Lagerung der von den Beteiligten hergestellten Güter befaßt.

Die Gründung einer solchen Funktionsgemeinschaft ist – wie bei allen Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften – kartellrechtlich unbedenklich. Das gleiche gilt für die Vereinbarungen von Beitragsleistungen und Weisungsrechten gegenüber der Funktionsgemeinschaft.

Kartellrechtlich problematisch ist die Zulässigkeit von Verträgen, die die Beteiligten verpflichten, den Transport oder die Lagerung ihrer Erzeugnisse ausschließlich über die Funktionsgemeinschaft zu besorgen. Derartige Abmachungen sind in vielen Fällen überflüssig, da die wirtschaftlichen Vorteile der Inanspruchnahme der Transport- und Lagergemeinschaft ohnehin zu einem ausschließlichen Gebrauch durch die Mitgliedsunternehmen führen. Im Einzelfall, vor allem im Anfangsstadium der Funktionsgemeinschaft, kann eine solche Vereinbarung den Beteiligten jedoch zweckmäßig erscheinen, um dadurch eine Auslastung der Kapazität der Transport- und Lagergemeinschaft zu gewährleisten.

Kartellrechtlich ist diese Abrede unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten. Einmal kann sie eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes der Beteiligten beinhalten und zum anderen eine solche des Nachfragewettbewerbes.

Der erste Fall liegt dann vor, wenn die betreffende Vereinbarung ihrem abstrakten Inhalt nach geeignet ist, den Wettbewerb hinsichtlich der Erzeugung oder

⁷⁶ Vgl. zur Rechtsnatur solcher Vereinbarungen, *Lüdecke*, S. 200–202.

⁷⁷ Die §§ 20, 21 GWB sind auf solche Nutzungsvereinbarungen von vornherein nicht anwendbar, da diese keine Lizenzverträge i. S. des § 20 GWB sind; vgl. hierzu *Lüdecke*, S. 203.

des Verkehrs mit Waren oder gewerblichen Leistungen unmittelbar zu beschränken.

Mit der Verpflichtung, sich zur Beförderung und Lagerung ihrer Erzeugnisse nur der Funktionsgemeinschaft zu bedienen und für deren Dienstleistungen die festgesetzten Preise oder Beiträge zu entrichten, begeben sich die Beteiligten der Möglichkeit, die Preise ihrer anzubietenden Güter frei zu kalkulieren, da die Transport- und Lagerkosten, die einen nicht unwesentlichen Teil der Angebotspreise ausmachen, festgesetzt sind. Folglich haben sich die Mitgliedsunternehmen in ihrer Kalkulation Beschränkungen auferlegt⁷⁸, die sich unmittelbar auf die Preise der anzubietenden Güter und damit auf den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen auswirken. Derartige Vereinbarungen sind daher, soweit sie auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse zur Marktbeeinflussung geeignet sind, gemäß § 1 GWB unwirksam⁷⁹. Es besteht allerdings die Möglichkeit, daß sie von der Kartellbehörde zugelassen werden, wenn die Voraussetzungen des § 5 II GWB vorliegen.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Nachfragewettbewerbes betrachtet, sind derartige Abmachungen kartellrechtlich unzulässig. Durch die Verpflichtung, sich zum Transport und zur Lagerung ihrer Erzeugnisse lediglich der Funktionsgemeinschaft zu bedienen, verlieren die Beteiligten die Möglichkeit, andere Transport- und Lagerunternehmen in Anspruch zu nehmen. Soweit sich dadurch für diese die Chancen zum Abschluß von Transport- und Lagerverträgen spürbar verringern und somit eine Marktbeeinflussung eintritt, ist eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB gegeben.

Das gleiche gilt von Abmachungen, die die Beteiligten verpflichten, einen bestimmten Teil ihrer Güter durch die Transport- und Lagergemeinschaft befördern oder lagern zu lassen oder einen bestimmten Teil der Kapazität der Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen. In allen diesen Fällen werden Vereinbarungen getroffen, die zumindest den Nachfragewettbewerb der beteiligten Unternehmen einschränken. Auf sie findet daher § 1 GWB Anwendung.

Anders verhält es sich nur dann, wenn die Leistungen der Funktionsgemeinschaft den Mitgliedsunternehmen zwar zur Verfügung stehen, nicht aber von ihnen in Anspruch genommen werden *müssen*.

Bei den bisher behandelten Vereinbarungen wurde davon ausgegangen, daß sie kollektiv zwischen den beteiligten Unternehmen zu einem bestimmten gemeinsamen Zweck getroffen wurden. Ebenso häufig kommen Abmachungen zwischen einzelnen Beteiligten und der Transport- und Lagergemeinschaft vor. Soweit zwischen den Vertragspartnern nicht ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht, welches die Anwendung des GWB von vornherein ausschließt⁸⁰, fallen derartige Vereinbarungen allenfalls unter die §§ 15 bis 21 GWB, da § 1 GWB regelmäßig wegen Fehlens eines zwischen den Parteien gemeinsam verfolgten Zweckes nicht anwendbar ist.

⁷⁸ Vgl. Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 21; Kröger, Betr. 1962, S. 1035.

⁷⁹ Im Ergebnis ebenso: Kooperationsfibel des BWB, S. 35.

⁸⁰ Vgl. S. 33.

Die ausschließliche Übernahme von Transporten und Lagerungen durch die Funktionsgemeinschaft hindert das einzelne Mitgliedsunternehmen daran, derartige gewerbliche Leistungen durch Dritte zu beziehen. Damit ist der Tatbestand des § 18 I Nr. 2 GWB erfüllt. Eine derartige Vereinbarung unterliegt der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde.

6. Die Inkassogemeinschaft

Die Aufgaben einer Inkassogemeinschaft bestehen darin, den Einzug der bei den einzelnen Gesellschafterunternehmen anfallenden Forderungen zu übernehmen und alle damit zusammenhängenden Abwicklungsgeschäfte, wie die Mahnung fälliger Zahlungen oder die Zustellung von Zahlungsbefehlen, wahrzunehmen. Die Rationalisierung ist wiederum der entscheidende Beweggrund zur Schaffung einer derartigen Funktionsgemeinschaft, da die einzelnen Unternehmen den aufwendigen Apparat zur Überwachung und Einziehung von fälligen Forderungen einsparen. Zudem gewährt eine derartige Einrichtung den Mitgliedsunternehmen Informationen über die finanziellen Gepflogenheiten der einzelnen Schuldner, was vor allem bei einer branchengleichen Beteiligungszusammensetzung von Vorteil ist. Nicht zuletzt muß die Inkassogemeinschaft als »neutrales« Unternehmen nicht die Rücksichten auf die einzelnen Schuldner nehmen wie das einzelne Gläubigerunternehmen⁸¹.

Die Gründungsvereinbarung sowie Beitragsverpflichtungen und eine Aufgabenbeschränkung der Inkassogemeinschaft sind – wie bei allen Funktionsgemeinschaften – kartellrechtlich unerheblich⁸².

Bedeutsam und gleichzeitig kartellrechtlich problematisch sind Vereinbarungen, die den Eigeneinzug der Forderungen durch die beteiligten Unternehmen, die kollektive Festlegung von einheitlichen Zahlungsbedingungen und Kreditgrenzen sowie die Abrechnung für die einzuziehenden Forderungen betreffen.

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Eigeneinzugs

Der kollektiv vereinbarte Verzicht auf einen Eigeneinzug der in den einzelnen Mitgliedsunternehmen entstehenden Forderungen oder die Verpflichtung, diese Einziehung ausschließlich der Inkassogemeinschaft zu übertragen, ist kartellrechtlich wiederum⁸³ nach zwei Seiten hin zu untersuchen. Einmal interessiert das Verhältnis zwischen den einzelnen Unternehmen, zu deren Kunden und Schuldnern, zum anderen das Verhältnis zwischen den einzelnen Unternehmen und anderen Inkassoinstituten. Im ersten Fall kann möglicherweise der Anbieterwettbewerb der Beteiligten, im zweiten Fall der Nachfragerwettbewerb beschränkt sein.

⁸¹ Vgl. Menze, S. 92/93; Benisch, Kooperationsfibel, S. 95; v. Lilienstern-Hermann-Neumann, S. 160.

⁸² Vgl. S. 106 ff.

⁸³ Vgl. die entsprechenden Vereinbarungen innerhalb von Werbe-, Transport- und Lagergemeinschaften.

aa) Überwachung, Mahnung und Einziehung von Forderungen sind Handlungen, die in engem Zusammenhang mit der Abwicklung von Geschäften mit der Abnehmerseite stehen. Sie stellen infolgedessen ein Teilgebiet des geschäftlichen Verkehrs mit der Marktgegenseite dar und gehören somit im weiteren Sinne zu den Mitteln des Anbieterwettbewerbs der betreffenden Unternehmen. Durch die bloße Übertragung dieser Aufgaben an die Inkassogemeinschaft und die Verpflichtung, selbst diese Aufgaben nicht mehr wahrzunehmen und sie auch nicht anderen zu überlassen, wird jedoch dieser Anbieterwettbewerb in keiner Weise beschränkt. Die Überwachung, Mahnung und Einziehung der einzelnen Forderungen durch die Inkassogemeinschaft an Stelle der einzelnen Unternehmen schränkt weder das Streben der einzelnen Mitgliedsunternehmen nach Geschäftsabschlüssen noch die Chancen der Marktgegenseite nach Abschlüssen zu möglichst günstigen Bedingungen ein. Vielmehr bleiben die einzelnen Mitgliedsunternehmen in der Gestaltung der Einziehungsbedingungen völlig frei; lediglich hinsichtlich des technischen Vorganges der Einziehung werden Vereinbarungen getroffen. Derartige Absprachen stellen folglich keine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes i. S. von § 1 GWB dar⁸⁴.

bb) Betrachtet man den Verzicht auf Eigeneinzug und dessen ausschließliche Übertragung auf die Inkassogemeinschaft jedoch unter dem Gesichtspunkt des Nachfragewettbewerbes der Beteiligten, der in dem möglichen Streben nach Abschlüssen mit anderen Inkassoinstituten besteht, so muß die kartellrechtliche Beurteilung eine andere sein. Denn Zweck einer Inkassogemeinschaft ist es vielfach, nicht nur eine Marktübersicht zu gewinnen, sondern auch den Forderungseinzug und die damit verbundenen Vorgänge zu rationalisieren. Durch die kollektive Verpflichtung, die entstehenden Forderungen selbst nicht mehr einzuziehen, wird den Vertragsbeteiligten aber die Möglichkeit genommen, ihre Forderungen durch andere Inkassounternehmen einziehen zu lassen oder andere Wettbewerber von solchen Einziehungsmöglichkeiten fernzuhalten⁸⁵. Infolgedessen verpflichten sich die beteiligten Unternehmen durch eine derartige Vereinbarung zumindest zu einer potentiellen Wettbewerbsbeschränkung i. S. des § 1 GWB, da diese Vorschrift insoweit keinen Unterschied zwischen Anbieter- und Nachfragewettbewerb macht. Tritt auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten dadurch eine konkrete Marktbeeinflussung ein, d. h. erfahren die Abschlußchancen anderer Inkassounternehmen eine spürbare Verringerung, so ist diese Vereinbarung gemäß § 1 GWB unwirksam. Soweit eine solche Abrede jedoch der Rationalisierung dient, bleibt die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde gemäß § 5 II GWB.

Eine ausdrückliche Beschränkung des Eigeneinzugs, die demnach von der Unwirksamkeit bedroht ist, wird jedoch in den meisten Fällen überflüssig sein. Ebenso wie bei anderen Funktionsgemeinschaften⁸⁶ werden auch bei der Inkasso-

⁸⁴ So auch die überwiegende Meinung; *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 48; *Benisch*, *Kooperationsfibel*, S. 95; *Kröger*, *Betr.* 1962, S. 1037; *Tetzner*, S. 20.

⁸⁵ *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 30.

⁸⁶ Vgl. S. 117.

gemeinschaft die Bedingungen für die Mitgliedsunternehmen so günstig sein, daß sich eine Hinzuziehung von anderen Inkassoinstituten für die Beteiligten nicht lohnt. Werden die gesamten Forderungen tatsächlich nur von der Inkassogemeinschaft eingezogen, ohne daß eine dahingehende Verpflichtung für die Mitgliedsunternehmen besteht, so ist § 1 GWB ohnehin nicht anwendbar⁸⁷.

Wird eine derartige Vereinbarung zwischen einem einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Inkassogemeinschaft getroffen, so fehlt es häufig von vornherein an dem für § 1 GWB erforderlichen gemeinsamen Zweck. Es sind allenfalls die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar, soweit nicht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den beiden Vertragspartnern besteht, auf Grund dessen das betreffende Mitgliedsunternehmen die Inkassogemeinschaft seinen Anordnungen unterwerfen kann⁸⁸.

Die Überwachung und Einziehung von Forderungen stellt eine gewerbliche Leistung dar, die infolge der ausschließlichen Beauftragung der Inkassogemeinschaft von dem betreffenden Mitgliedsunternehmen nicht mehr auf Dritte übertragen werden kann. Folglich unterliegt eine solche Abrede gemäß § 18 I Nr. 2 GWB der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde, da nicht nur Austausch-, sondern auch sonstige selbständige Verträge den Tatbestand dieser Vorschrift erfüllen können⁸⁹.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung einheitlicher Einziehungsbedingungen

Neben dem Verzicht auf einen Eigeneinzug der entstehenden Forderungen werden von den Beteiligten häufig kollektive Abreden über die Einziehungsbedingungen, vor allem über die Gewährung von Stundungen und Kreditgrenzen getroffen.

Bei solchen Vereinbarungen ist es allein der Anbieterwettbewerb der Beteiligten, der dadurch beschränkt wird. Infolge einer derartigen kollektiven Festlegung ist es dem einzelnen Mitgliedsunternehmen nicht mehr möglich, die Geschäftsbedingungen mit seinen Marktpartnern nach seinem eigenen Gutdünken oder nach den jeweiligen wettbewerblichen Erfordernissen zu vereinbaren. Es ist vielmehr an die entsprechenden Abmachungen gebunden. Soweit auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten eine konkrete Marktbeeinflussung vorliegt, d. h. für die entsprechenden Abnehmer eine »spürbare« Verschlechterung der Bedingungen ihrer Geschäftsabschlüsse herbeigeführt wird, der sie nicht ohne weiteres ausweichen können, unterliegt eine derartige Beschränkung des (Anbieter)wettbewerbes der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB⁹⁰.

Oft werden diese Abreden nicht kollektiv getroffen, sondern zwischen den einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Inkassogemeinschaft in der Form verein-

⁸⁷ Vgl. S. 50.

⁸⁸ Vgl. S. 32/33.

⁸⁹ Vgl. S. 83.

⁹⁰ Im Ergebnis ebenso: *Benisch*, Kooperationsfibel, S. 95; *Müller-Henneberg* in Gem.Komm., § 1 GWB, Rdz. 48; *Kröger*, Betr. 1962, S. 1037.

bart, daß die Bedingungen unmittelbar festgelegt werden oder die Festsetzung der Inkassogemeinschaft überlassen wird. In derartigen Fällen ist, soweit nicht ein die Anwendung des GWB von vornherein ausschließendes Abhängigkeitsverhältnis vorliegt⁹¹, zumindest der Tatbestand von § 15 GWB gegeben. Durch eine solche Abrede wird das betreffende Mitgliedsunternehmen in der freien Gestaltung der Geschäftsbedingungen, die es Dritten, d. h. seinen Abnehmern, gewährt, eingeschränkt. Da die Vorschrift des § 15 GWB nicht nur Vereinbarungen erfaßt, die im Rahmen von Austauschverträgen getroffen, sondern auch solche, die in selbständigen Verträgen festgelegt werden⁹², ist kein Grund für die Nichtanwendung von § 15 GWB ersichtlich.

Die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner dürfen somit weder durch eine kollektive Festlegung noch durch eine Einzelabrede gegenüber der Inkassogemeinschaft reglementiert werden. Die einzelnen Mitgliedsunternehmen müssen trotz Bestehens einer Inkassogemeinschaft bei der Zahlung der Forderungen Art und Weise der Einziehung bestimmen können. Andernfalls wird der Anbieterwettbewerb der Beteiligten beschränkt. Alle Vereinbarungen dagegen, die die Vertragsverhältnisse und Geschäfte zwischen den einzelnen Inkassomitgliedern und ihren Marktpartnern unbeeinflusst lassen, sind kartellrechtlich unerheblich.

c) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Festlegung von Abrechnungsmethoden

Bei den meisten Inkassogemeinschaften werden von vornherein die Abrechnungsmethoden festgelegt, nach denen die einzelnen Mitgliedsunternehmen die für die verschiedenen Forderungen eingezogenen Beträge erhalten.

Soll dies in der Weise geschehen, daß jedes einzelne Mitgliedsunternehmen nur die Summen erhält, die auf seine Forderungen eingegangen sind, so ist eine derartige Abrechnungsvereinbarung kartellrechtlich unerheblich. Ebenso verhält es sich, wenn vereinbart wird, daß die eingegangenen Beträge nach dem Alter der Forderung an die Mitglieder verteilt werden. Entscheidend ist, daß der zahlende Kunde von seiner Verpflichtung frei wird; die Verteilung im Innenverhältnis ist insoweit nur eine Art der »Risikogemeinschaft«, die kartellrechtlich zulässig ist⁹³.

Anders ist es nur dann, wenn die Verteilung der eingegangenen Beträge sich danach richtet, inwieweit die einzelnen Mitgliedsunternehmen die Einziehung ihrer Forderungen der Inkassogemeinschaft übertragen haben. Durch eine solche Vereinbarung wird der Nachfragewettbewerb der Beteiligten beschränkt, wenn nur die Unternehmen, die möglichst viele Forderungen durch die Inkassogemeinschaft einziehen lassen, entsprechende Beträge erhalten, Unternehmen aber, die sich nicht in dieser Form festlegen, mit geringeren Quoten rechnen müssen, obwohl möglicherweise gerade ihre Forderungen von den Schuldnern bezahlt wurden. Eine derartige Abrechnung zwingt die Mitgliedsunternehmen dazu, möglichst alle

⁹¹ Vgl. S. 32/33.

⁹² Vgl. S. 83.

⁹³ Benisch, Kooperationsfibel, S. 96; Müller-Henneberg in Gem.Komm., § 1 GWB, Rdz. 48; Menze, S. 98.

ihre Forderungen durch die Inkassogemeinschaft einziehen zu lassen. Durch eine solche Abrechnungsvereinbarung, die sich bei Nichtinanspruchnahme der Inkassogemeinschaft nachteilig auswirkt, wird der Nachfragewettbewerb ebenso beschränkt wie durch die ausdrückliche Verpflichtung, ausschließlich die Inkassogemeinschaft zur Einziehung der Forderungen zu beauftragen⁹⁴. Daher sind solche Abrechnungsbestimmungen, soweit ein gemeinsamer Zweck und eine konkrete Marktbeeinflussung vorliegt, gemäß § 1 GWB unwirksam.

Werden sie zwischen einem einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Inkassogemeinschaft getroffen, so ist in jedem Falle § 18 I Nr. 2 GWB erfüllt, da sie das betreffende Mitgliedsunternehmen in der Erteilung von Inkassoaufträgen an Dritte beschränkt.

7. Die Güte-, Waren- und Verbandszeichengemeinschaft

Eine Gütezeichengemeinschaft besteht aus Unternehmen, die ein gemeinsames Güte-, Waren- oder Verbandszeichen benutzen⁹⁵. Ihre Hauptaufgabe ist es, die Einhaltung der Anforderungen, die an die Benutzung eines solchen Zeichens gestellt sind, zu überwachen⁹⁶.

Die Gründung einer Güte-, Waren- oder Verbandszeichengemeinschaft ist wie die aller Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften kartellrechtlich zulässig.

Fragwürdig in ihrer kartellrechtlichen Zulässigkeit sind dagegen Festsetzungen von Erfordernissen, unter denen das betreffende Zeichen benutzt werden darf, sowie Abreden über Beschränkungen bei dem Gebrauch des Zeichens und über Zulassungsbedingungen für andere Unternehmen.

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Festlegung von Benutzungserfordernissen

Bei den meisten Zeichengemeinschaften werden bestimmte Qualitätserfordernisse festgelegt, die die Mitgliedsunternehmen einhalten müssen, wenn sie das gemeinsame Güte-, Waren- oder Verbandszeichen verwenden. Nur so kann das betreffende Zeichen das angestrebte Vertrauen der Marktgegenseite erringen.

Die Festsetzung solcher Benutzungserfordernisse ist kartellrechtlich unbedenklich⁹⁷. Sie schränkt weder das Streben nach Geschäftsabschlüssen noch die Chancen, Gefahren und Erfordernisse, die sich aus den Wahlmöglichkeiten der Marktpartner ergeben, ein, da es den Beteiligten völlig freigestellt ist, ob sie ihre wirtschaftliche Tätigkeit nach diesen Anforderungen ausrichten. Sie müssen diese Erfordernisse nur dann einhalten, wenn sie das betreffende Zeichen gebrauchen wollen.

⁹⁴ Vgl. *Müller-Henneberg* in *Gem. Komm.*, § 1 GWB, Rdz. 30, für den Fall der Ausgleichszahlungen bei der Unterbietung vereinbarter Preise; vgl. auch S. 107.

⁹⁵ *Menze*, S. 96; *Sölter*, WuW 1951, S. 51; v. *Lilienstern-Hermann-Neumann*, S. 42/43.

⁹⁶ Zur wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit: *Menze*, S. 97/98; v. *Lilienstern-Hermann-Neumann*, S. 42.

⁹⁷ So ausdrücklich TB 1958, S. 39; BKartA, WuW 1963, S. 431; *Benisch* in *Gem. Komm.*, § 27 GWB, Rdz. 13; *Andraee-Schön*, *Volksw.* 1962, S. 2270.

Hinzu kommt, daß auch nach gesetzlichen Bestimmungen die uneingeschränkte Benutzung von bestimmten Qualitätszeichen nicht zulässig ist⁹⁸. Das GWB schützt aber nur ein solches Wettbewerbsverhalten, welches gesetzlich erlaubt ist⁹⁹.

Darüber hinaus dienen Abreden, die einen unkontrollierten Gebrauch von Qualitätszeichen verhindern, dem Schutz der Allgemeinheit, die derartigen Zeichen ein gewisses Vertrauen entgegenbringt. Ein solcher Schutz ist dem GWB ohnehin vorrangig¹⁰⁰.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen bei Benutzung des Zeichens

Abreden, die es der Zeichengemeinschaft ermöglichen, den Mitgliedsunternehmen Wettbewerbsbeschränkungen bei der Benutzung des Güte-, Waren- oder Verbandszeichens aufzuerlegen, indem sie beispielsweise nur in bestimmten Gebieten Waren unter dem betreffenden Zeichen vertreiben dürfen, sind kartellrechtlich zulässig¹⁰¹. Ohne die Gewährung des betreffenden Zeichens besteht für die einzelnen Mitgliedsunternehmen nicht die Möglichkeit einer Benutzung. Es wird durch eine beschränkte Gebrauchsmöglichkeit somit weder ein bestehender noch ein potentieller Wettbewerb eingeschränkt, vielmehr erst ein Wettbewerb unter dem betreffenden Zeichen ermöglicht. Derartige Beschränkungen erfolgen überdies nur für einen Wettbewerb unter Benutzung des betreffenden Zeichens; sie beinhalten keine Beschränkung der einzelnen Unternehmen in bezug auf ihren Wettbewerb, der nicht unter dem betreffenden Zeichen geführt wird. Es bleibt dem einzelnen Mitgliedsunternehmen folglich völlig freigestellt, das betreffende Zeichen unter Einschränkungen zu benutzen oder sich ohne Inanspruchnahme dieses Zeichens uneingeschränkt zu betätigen. Es ist dem Prinzip nach nicht anders als bei einer Lizenzerteilung eines Patentes. Ohne Patentlizenz darf das betreffende Unternehmen die entsprechenden Erzeugnisse nicht herstellen oder vertreiben, ohne Zeichengewährung darf es keine Erzeugnisse unter diesem Zeichen in den Verkehr bringen. Zwischen diesen beiden Fällen besteht folglich kein so wesentlicher Unterschied, der eine verschiedene kartellrechtliche Beurteilung rechtfertigen würde¹⁰².

Beschränkungen in der Benutzung des gewährten Zeichens sind, soweit sie kollektiv vereinbart werden oder der Zeichengemeinschaft das Recht zur Erteilung solcher Beschränkungen eingeräumt wird, kartellrechtlich unbedenklich.

Werden solche Vereinbarungen nicht kollektiv, sondern zwischen einem einzelnen Mitgliedsunternehmen und dem Zeichenverband abgeschlossen, ohne daß die Beschränkungsmöglichkeit schon in der Satzung vorgesehen war, kann das

⁹⁸ Vgl. § 22 WZG.

⁹⁹ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 19; Bericht, S. 7; Frankf. Komm., § 1 GWB, Tz. 31.

¹⁰⁰ Vgl. BKartA WuW/E BKartA 145 (Doppelstecker).

¹⁰¹ Im Ergebnis ebenso: BKartA in WuW 1963, S. 431, das sich bei der Begründung auf den durch § 109 GWB nicht aufgehobenen Rechtszustand des Warenzeichenrechts beruft, nach dem auch die Einräumung einer begrenzten Benutzung zulässig ist; Kröger, MA 1963, S. 503.

¹⁰² A. M. Schwartz in Gem. Komm., § 15 GWB, Rdz. 20.

Ergebnis nicht anders lauten. Zwar wird dadurch das betreffende Mitgliedsunternehmen in der Verwertung des Zeichens beschränkt und dem Wortlaut nach der Tatbestand von § 18 I Nr. 2 GWB erfüllt¹⁰³; diese Zulässigkeit solcher Beschränkungen ergibt sich aber aus der Tatsache, daß vertragliche Beschränkungen bezüglich des gewährten Zeichens zwischen Zeichengeber und Zeichennehmer ebenso üblich und gesetzlich erlaubt sind wie solche zwischen einem Kommittenten und einem Kommissionär bezüglich einzukaufender oder zu verkaufender Ware. Es handelt sich bei solchen Benutzungsbeschränkungen folglich nicht um »wesensfremde« Bindungen innerhalb des Erstvertrages; nur solche sollen durch die §§ 15 bis 21 GWB unwirksam sein oder kontrolliert werden¹⁰⁴. Für die Nichtanwendbarkeit des § 18 I Nr. 2 GWB spricht ferner, daß durch Gestattung zur Zeichenbenutzung erst ein Wettbewerb unter diesem Zeichen ermöglicht wird und Einschränkungen dieser neuen Wettbewerbsmöglichkeiten in die Befugnis dessen gestellt sind, der sie geschaffen hat¹⁰⁵.

c) Kartellrechtliche Zulässigkeit einer Steuerung des Wirtschaftsprogrammes der Beteiligten

Vereinbarungen, die die beteiligten Unternehmen verpflichten, nur noch Waren herzustellen, die den Güte-, Waren- oder Verbandszeichen entsprechen, sind unwirksam und unterliegen, soweit ein gemeinsamer Zweck und eine konkrete Marktbeeinflussung vorliegen, § 1 GWB. Eine solche Absprache stellt eine unmittelbare Erzeugungsbeschränkung und damit eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbes dar, die allenfalls – soweit sie einer Rationalisierung dient – gemäß §§ 5 I, II oder 5a I GWB erlaubt werden kann¹⁰⁶. Das gleiche gilt, wenn die Beteiligten untereinander vereinbaren, bei ihren Geschäften mit Dritten bestimmte Preise oder Geschäftsbedingungen einzuhalten oder nur bestimmte Dritte zu beliefern¹⁰⁷. Dies muß auch gelten, wenn sich diese Abmachungen nur auf solche Waren oder Leistungen beziehen, die unter dem Zeichen der Gemeinschaft erbracht werden. Denn nicht die Mitglieder, sondern die Zeichengemeinschaft ist Inhaber und Zeichengeber¹⁰⁸, und nur sie kann Beschränkungen, die bei Gewährung der Zeichenbenutzung »typisch« sind, mit den Zeichennehmern vereinbaren¹⁰⁹ und ihr allein kann ein solches Recht durch die Satzung eingeräumt werden. Soweit Beschränkungen des gesamten Wirtschaftsprogrammes zu einem gemeinsamen Zweck vereinbart werden und zu einer konkreten Marktbeeinflussung führen, ist § 1 GWB heranzuziehen. Werden sie in Einzelabmachungen zwischen einem Mitgliedsunternehmen und der Zeichengemeinschaft getroffen, so sind meist die §§ 15 bis 21

¹⁰³ § 20 GWB ist nicht anwendbar; Reimer in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 2.

¹⁰⁴ Vgl. Baumbach-Hefermehl, Vorbem. zu §§ 15 ff. GWB, Anm. 3; Begr., S. 1084; Schwartz in Gem. Komm., Vorbem. zu §§ 15 ff. GWB, Rdz. 1 i. d. M.

¹⁰⁵ Ebenso Kröger, MA 1963, S. 504; a. M. Schwartz in Gem. Komm., § 15 GWB, Rdz. 20; Baumbach-Hefermehl, § 8 WZG, Anm. 14.

¹⁰⁶ Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 734; TB 1958, S. 39.

¹⁰⁷ Vgl. zu einer derartigen Vereinbarung LG Düsseldorf, WuW 1958, S. 486.

¹⁰⁸ Vgl. Anm. 101.

¹⁰⁹ Ebenso Benisch, Kooperationsfibel, S. 94.

GWB anwendbar, falls sich die betreffenden Beschränkungen nicht auf die Benutzung des gewährten Zeichens beziehen.

d) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Nichtzulassung anderer Unternehmen

Eine weitere »typische« Vereinbarung im Rahmen einer solchen Zeichengemeinschaft beinhaltet Regelungen über die Zulassung und die Aufnahmevoraussetzungen von anderen Unternehmen, die sich um eine Mitgliedschaft in diesem Verband bewerben. Eine solche Mitgliedschaft wird vor allem dann für andere Unternehmen vorteilhaft und damit erstrebenswert sein, wenn das betreffende Verbands- oder Gütezeichen ein gewisses Vertrauen auf der Marktgegenseite genießt und für Waren oder gewerbliche Leistungen, die unter diesem Zeichen erbracht werden, erhöhte Absatzchancen bestehen.

Grundsätzlich gilt, daß die Beteiligten einer Funktionsgemeinschaft dazu berechtigt sind, die Aufnahme anderer Unternehmen auszuschließen oder von bestimmten Aufnahmevoraussetzungen abhängig zu machen¹¹⁰. Für die Gütezeichengemeinschaft besitzt jedoch dieser Grundsatz gemäß § 27 I Satz 2 GWB keine uneingeschränkte Gültigkeit. Fraglich ist, ob diese gesetzliche Ausnahmebestimmung auch auf die Waren- und Verbandszeichengemeinschaft Anwendung findet.

Nach dem Wortlaut des § 27 I Satz 2 GWB werden nur Gütezeichengemeinschaften betroffen. Die Begründung geht jedoch nicht von der vom RAL¹¹¹ gegebenen Definition eines Gütezeichens oder einer Gütezeichengemeinschaft aus, sondern erklärt lediglich, daß die Gütezeichengemeinschaften »für die Stellung eines Unternehmens im Wettbewerb sehr wichtig sind«¹¹². Entscheidend ist allein, ob von der Zeichengemeinschaft Zeichen vergeben werden, deren Benutzung von der Einhaltung bestimmter Qualitäts- oder Gütenormen abhängig ist und einer Überprüfung unterliegt. Solche Zeichen haben ebenso wie das Gütezeichen die Geltung einer »Mindestqualitätsgarantie«¹¹³ und demnach die gleiche wettbewerbliche Bedeutung wie sie nach der Begründung das Gütezeichen hat.

Auch für Waren- oder Verbandszeichengemeinschaften gilt somit § 27 I Satz 2 GWB, soweit die gewährten Zeichen unter den eben erörterten Voraussetzungen vergeben werden und damit die Funktion eines Gütezeichens erhalten¹¹⁴.

Wird vereinbart, daß *kein* weiteres Unternehmen in die Zeichengemeinschaft aufgenommen werden soll, so muß dies gemäß § 27 GWB auf Anordnung der Kartellbehörde dennoch geschehen, falls die Nichtaufnahme eine »sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung« des betreffenden Bewerbers darstellt und zu dessen wettbewerblichen Benachteiligung führt. Das gleiche gilt, wenn die Mitgliedsunternehmen Aufnahmebedingungen festlegen, die für Bewerber diskriminierend sind, d. h. schwierigere und höhere Anforderungen an diese als an die

¹¹⁰ Vgl. S. 110.

¹¹¹ Rechausschuß für Lieferbedingungen und Gütesicherung beim deutschen Normenausschuß.

¹¹² S. Bericht, S. 29.

¹¹³ Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 13.

¹¹⁴ Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 13; a. M. Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 733/34; Dörinkel, WuW 1958, S. 566.

Mitgliedsunternehmen stellen¹¹⁵ oder Voraussetzungen verlangen, die für die Einhaltung der Qualitäts- und Gütenormen nicht von Bedeutung sind¹¹⁶.

Vereinbarungen über Qualitäts- und Güteerfordernisse, die mit der Führung des betreffenden Zeichens verbunden sind, unterliegen keinen Beschränkungen. Solche Anforderungen können auch so beschaffen sein, daß deren Erfüllung nicht *jedem* durchschnittlichen Unternehmen der betreffenden Branche möglich ist¹¹⁷. Dies ergibt sich schon aus der besonderen Funktion des Güte- oder gleichartigen Waren- und Verbandszeichens als Qualitätsgarantie. Sichert ein solches Zeichen eine Mindestqualität zu, so muß deren Einhaltung auch von allen Trägern dieses Zeichens gefordert werden. Andernfalls würde der Gesetzgeber in die Festsetzung von wirtschaftlichen Qualitätsmerkmalen eingreifen und vorschreiben, nur solche Qualitätsnormen und -maßstäbe aufzustellen, die von jedem durchschnittlichen Unternehmen der betreffenden Branche erfüllbar sind. Eine derartige Eingriffsmöglichkeit ist aber weder aus dem Wortlaut noch aus der Begründung zu § 27 GWB zu entnehmen. Durch diese Vorschrift soll lediglich eine Diskriminierung dritter Unternehmen verhindert, nicht aber eine gesetzliche Grundlage für staatliche Eingriffe in wirtschaftliche Qualitätsnormen geschaffen werden.

Die Ablehnung der Aufnahme, durch Mitgliederbeschluß oder durch diskriminierende Aufnahmebestimmungen, muß zudem zu einer »unbilligen« Benachteiligung des nicht aufgenommenen Unternehmens führen. Erst wenn auch diese Voraussetzung vorliegt, kann die Kartellbehörde eine Aufnahme anordnen.

Eine unbillige Benachteiligung liegt zumindest dann nicht vor, wenn das betreffende Unternehmen auf andere Weise – beispielsweise durch Aufnahme in eine andere Zeichengemeinschaft oder durch Gewährung der Zeichenbenutzung ohne Erwerb der Mitgliedschaft – die wettbewerblichen Nachteile, die durch Nichtaufnahme in die Zeichengemeinschaft entstehen, beseitigen kann¹¹⁸. Ähnlich wie das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung in § 1 GWB, zu dessen Erfüllung eine Einschränkung der wettbewerblichen Chancen und Wahlmöglichkeiten der Marktpartner erforderlich ist¹¹⁹, verlangt das Tatbestandsmerkmal der unbilligen wettbewerblichen Benachteiligung in § 27 GWB eine Verringerung der wettbewerblichen Möglichkeiten eines anderen Marktteilnehmers. Es ist nicht einzusehen, warum eine Benachteiligung der Marktpartner im Rahmen von § 1 GWB nicht vorliegen soll, wenn zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen¹²⁰, eine *unbillige* Benachteiligung i. S. von § 27 GWB aber gegeben sein soll, auch wenn solche zumutbaren Ausweichmöglichkeiten vorhanden sind¹²¹. Eine »unbillige« Wettbewerbsbenachteiligung i. S. von § 27 GWB liegt infolgedessen nur dann vor, wenn für das betreffende Unternehmen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

¹¹⁵ Vgl. Dörinkel, WuW 1958, S. 569.

¹¹⁶ Vgl. hierzu Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 13; derselbe, Kooperationsfibel, S. 92/93; Müller-Henneberg, WuW 1962, S. 736.

¹¹⁷ So Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 13; a. M. BKartA, TB 1959, S. 16.

¹¹⁸ Benisch in Gem. Komm., § 27 GWB, Rdz. 12.

¹¹⁹ Vgl. S. 57.

¹²⁰ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 54.

¹²¹ So die Auffassung des BGH, BGH WuW/E BGH 392.

8. Die Patentgemeinschaft

Eine Patentgemeinschaft kommt in zwei verschiedenen Formen vor. Einmal wird – ähnlich wie im Falle der Zeichengemeinschaft – eine selbständige Einrichtung in Form einer juristischen Person geschaffen, der die Patente der Mitglieder übertragen werden. Im Rahmen dieser sogenannten »durchgeführten« Patentgemeinschaft¹²² wird den Mitgliedsunternehmen der Patentgemeinschaft die Möglichkeit eingeräumt, durch Nutzungsvereinbarungen oder Unterlizenzen *alle* eingebrachten Patente zu nutzen.

Bei der zweiten Form der Patentgemeinschaft, der sogenannten »einfachen« Patentgemeinschaft, werden die Patente der einzelnen Mitgliedsunternehmen nicht einer zusätzlichen Einrichtung übertragen; es wird lediglich ein gegenseitiger Lizenztausch der Mitglieder dieser Patentgemeinschaft, die meist eine BGB-Gesellschaft oder ein Verein ist¹²³, vereinbart. Diese Patentgemeinschaft kommt häufig in Zusammenhang mit einer Forschungsgemeinschaft vor. Ihre »typischen« kartellrechtlichen Probleme sind bereits im wesentlichen im Rahmen der Forschungsgemeinschaft behandelt worden¹²⁴; auf eine weitere gesonderte Erörterung an dieser Stelle kann somit verzichtet werden. Die Gründung sowie die Verpflichtung, Patente auszutauschen oder der Patentgemeinschaft zu übertragen, stellt *allein* noch keine Wettbewerbsbeschränkung dar, soweit es den Mitgliedsunternehmen freigestellt bleibt, in welchem Umfang sie die Patentgemeinschaft in Anspruch nehmen wollen. Wettbewerbsbeschränkungen können allerdings in zusätzlichen Abreden enthalten sein und insofern einer kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen.

a) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Verpflichtung zur ausschließlichen Übertragung aller Patente an die Patentgemeinschaft

Bei der durchgeführten Patentgemeinschaft ist zunächst die Vereinbarung von kartellrechtlicher Bedeutung, durch die sich die Gesellschafterunternehmen verpflichten, alle gegenwärtigen und zukünftigen Patente auf die Patentgemeinschaft zu übertragen.

Eine derartige Vereinbarung hat eine unmittelbare Beschränkung des Lizenzanbieterwettbewerbs zum Gegenstand, da es den Mitgliedsunternehmen nunmehr nicht mehr möglich ist, an Dritte Lizenzen zu vergeben. Falls auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse dadurch eine Marktbeeinflussung eintritt, d. h. soweit die Möglichkeiten der Marktpartner, auf dem betreffenden Gebiet Lizenzen zu erhalten, spürbar verringert wird¹²⁵, ist eine solche Verpflichtung gemäß § 1 GWB unwirksam. Der für § 1 GWB erforderliche gemeinsame Zweck liegt regelmäßig in dem gemeinsamen Interesse aller Beteiligten an einem möglichst umfangreichen Patentvermögen der Patentgemeinschaft, aus dem sie alle Nutzen ziehen.

¹²² Vgl. hierzu *Magen*, S. 56; *Lieberknecht*, S. 23; *Baumbach-Hefermehl*, § 20 GWB, Anm. 38.

¹²³ *Sander*, WuW 1959, S. 505.

¹²⁴ Vgl. S. 124 ff.

¹²⁵ Vgl. S. 125.

§ 20 GWB ist auf diesen Fall nicht anwendbar¹²⁶, so daß allenfalls die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung gemäß § 5 II GWB besteht.

Abspraken, die die Einbringung von Patenten zum Inhalt haben, sind folglich nur dann zulässig, wenn es den Beteiligten freisteht, wieviel Patente sie der Patentgemeinschaft übertragen wollen und sie weiterhin die Möglichkeit besitzen, an Dritte Lizenzen zu vergeben.

b) Kartellrechtliche Zulässigkeit des Verbots der Weitervergabe von an die Patentgemeinschaft übertragenen Patenten

In engen Zusammenhang mit der Verpflichtung, Patente an die Patentgemeinschaft zu übertragen, steht die Vereinbarung, die der Patentgemeinschaft übertragenen Patente nicht weiter an Dritte zu vergeben oder Unterlizenzierungen vorzunehmen.

Durch eine solche kollektive Vereinbarung, deren gemeinsamer Zweck in der Werterhaltung der der Patentgemeinschaft übertragenen Patente für die Mitgliedsunternehmen liegt, wird der Lizenzanbieterwettbewerb der Beteiligten beschränkt. Die einzelnen Mitgliedsunternehmen verlieren die Möglichkeit, die übertragenen Patente noch als Unterlizenzen zu vergeben. Liegt in diesem Fall auch eine Marktbeeinflussung vor, so ist an sich der Tatbestand von § 1 GWB erfüllt. Dennoch erheben sich Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift. Die Übertragungsvorgänge zwischen den einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Patentgemeinschaft sind Verträge über Patente i. S. von § 20 GWB. Damit entsteht die Frage, ob § 1 GWB bei kollektiver Vereinbarung von Beschränkungen, die nach § 20 GWB zulässig sind, uneingeschränkt Anwendung findet¹²⁷, oder, ob § 1 GWB nur insoweit eingreifen kann, wie sich aus § 20 GWB keine andere Regelung ergibt¹²⁸.

Eine Abgrenzung zwischen § 1 und § 20 GWB, je nachdem, ob der gemeinsame Zweck eine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt hat oder nicht¹²⁹, führt zu keinen sinnvollen Ergebnissen. Denn worauf sich der für § 1 GWB erforderliche gemeinsame Zweck bezieht, ist belanglos. Er muß vor allem nicht auf eine Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet sein¹³⁰.

Aus § 20 IV GWB ergibt sich vielmehr, daß § 1 GWB nur für solche Vereinbarungen gilt, die über die für Lizenzverträge typischen Abreden hinausgehen und nach § 20 GWB nicht erlaubte Beschränkungen zum Inhalt haben. § 20 IV GWB kann nur besagen, daß bei über den Inhalt des Schutzrechtes hinausgehenden Beschränkungen § 1 GWB wiederum Anwendung findet, während in allen anderen Fällen § 20 GWB *lex specialis* gegenüber § 1 GWB ist. Denn § 20 IV

¹²⁶ Vgl. S. 125.

¹²⁷ So Frankf. Komm., § 20 GWB, Tz. 132; Schwartz, S. 121/122; Lüdecke-Fischer, S. 738, N 37; Kellermann, WuW 1958, S. 649; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, § 20 GWB, Anm. 9; TB 1958, S. 57.

¹²⁸ Begr., S. 1091; Bericht, S. 25; Sander, WuW 1959, S. 503/504; Baumbach-Hefermehl, § 20 GWB, Anm. 4; Rinck, S. 221, Rdnr. 783.

¹²⁹ So Langen, GWB, § 20 GWB, Rdz. 98; derselbe, WuW 1960, S. 671; Völz, WRP 1957, S. 318.

¹³⁰ Vgl. S. 60 ff.

GWB stellt eine Sonderbestimmung dar, die den übrigen Vorschriften des zweiten Abschnitts des GWB fehlt und bei einer anderen Auslegung überflüssig wäre, da bei allen Bestimmungen des zweiten Abschnitts, soweit ein gemeinsamer Zweck vorliegt, § 1 GWB auch ohne eine derartige Sonderbestimmung wie § 20 IV GWB anwendbar ist.

Nach § 20 GWB ist die Übertragung *ausschließlicher* Lizenzen gestattet¹³¹, folglich muß es auch möglich sein, einfache Lizenzen mit der Nebenverpflichtung zu übertragen, daß die Lizenzgeber keine weiteren Lizenzen dieses Patentes an Dritte vergeben dürfen¹³². Was nach § 20 GWB mittelbar für Einzelverträge gilt, muß aber auch – entsprechend dem eben Gesagten – für solche Kollektivvereinbarungen gelten, die ihrem Wesen nach für Patentübertragungsverträge »typische« Beschränkungen enthalten¹³³. Ohne derartige Beschränkungen wäre eine Verwertung für die anderen Mitgliedsunternehmen ebenso wie für einzelne Lizenznehmer uninteressant. Sie sind infolgedessen für Patentübertragungsverträge typisch und kartellrechtlich unbedenklich, zumal es den einzelnen Mitgliedsunternehmen freistehen muß¹³⁴, in welchem Umfang sie der Patentgemeinschaft Patente übertragen.

c) Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Patentgemeinschaft bei der Weitervergabe der ihr übertragenen Patente an Nichtmitgliedsunternehmen

Vielfach wird vereinbart, daß die Patentgemeinschaft nur an Mitgliedsunternehmen oder nur in bestimmten Fällen an Nichtmitglieder der Patentgemeinschaft die ihr übertragenen Patente weiter vergeben darf. Der angestrebte gemeinsame Zweck ist hierbei auf den Ausschluß von anderen Unternehmen gerichtet, deren Konkurrenz bekämpft werden soll.

§ 1 GWB ist schon deshalb nicht anwendbar, weil die Mitgliedsunternehmen der von ihnen gegründeten Patentgemeinschaft sämtliche Beschränkungen kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte auferlegen können und eine vertragliche Beschränkung damit nicht – wie für § 1 GWB erforderlich – konstitutiv ist¹³⁵. Der zweite Grund für die Nichtanwendbarkeit von § 1 GWB auf derartige Vereinbarungen ist darin zu finden, daß keiner der Vertragsbeteiligten eine Wettbewerbsbeschränkung eingeht. Weder die lizenzübertragenden Mitgliedsunternehmen verpflichten sich zu einer Wettbewerbsbeschränkung, da sie nicht gebunden sind, alle Patente der Patentgemeinschaft zu übertragen, noch die übrigen Mitgliedsunternehmen, da sich die festgelegten Beschränkungen nur auf Nichtmitgliedsunternehmen beziehen. Allenfalls können solche Beschränkungen der Patentgemeinschaft die Wettbewerbschancen außenstehender Dritter beeinträchtigen. Nach § 1 GWB sind aber nur solche Vereinbarungen unwirksam, durch die die

¹³¹ Langen, GWB, § 20 GWB, Rdz. 3; Völp, WRP 1957, S. 318.

¹³² Reimer in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 21 a; Lüdecke-Fischer, N 36a; Lieberknecht, Bctr. 1957, S. 1012.

¹³³ Begr., S. 1091.

¹³⁴ Vgl. die Ausführungen unter a).

¹³⁵ Vgl. S. 32/33 und 80.

Vertragsbeteiligten Wettbewerbsbeschränkungen eingehen¹³⁶. Die Außenwirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen auf Dritte oder Marktpartner sind im Rahmen des § 1 GWB nur innerhalb des Tatbestandsmerkmals der Marktbeeinflussung bedeutsam. Vereinbarungen, die lediglich die Wettbewerbsmöglichkeiten Dritter beschränken, ohne daß die Vertragsbeteiligten Wettbewerbsbeschränkungen eingehen, sind weder nach § 1 GWB noch nach den §§ 15 bis 21 GWB unwirksam oder einer Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterworfen. Hierfür gelten *allein die Ausnahmenvorschriften* der §§ 25 bis 27 GWB. Hinzu kommt, daß infolge der Unwirksamkeit der Verpflichtung, *alle* Patente der Patentgemeinschaft zu übertragen, sowohl für die Mitgliedsunternehmen wie für außenstehende Dritte die Möglichkeit besteht, Patente eines bestimmten Gebietes zu vergeben oder zu erhalten. Einen weitergehenden Schutz genießen die nichtvertragsbeteiligten Dritten nach dem GWB nicht, selbst wenn die Mitgliedsunternehmen – ohne vertraglich dazu verpflichtet zu sein – ihre gesamten Patente der Patentgemeinschaft übertragen.

Werden derartige Vereinbarungen zwischen einem einzelnen Mitgliedsunternehmen, das der Patentgemeinschaft Patente überträgt, und dieser als seinem Lizenznehmer getroffen, so sind sie gemäß § 20 I 2. Halbsatz GWB ohnehin kartellrechtlich unbedenklich¹³⁷.

Beschränkungen der Patentgemeinschaft in der Weitervergabe der ihr übertragenen Lizenzen an Nichtmitgliedsunternehmen sind infolgedessen kartellrechtlich zulässig¹³⁸.

d) Kartellrechtliche Zulässigkeit der Ermächtigung der Patentgemeinschaft zu Beschränkungen bei der Weitervergabe der ihr übertragenen Patente an Mitgliedsunternehmen

Auf Grund des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung kann der Patentgemeinschaft das Recht eingeräumt werden, bei Weitervergabe der ihr übertragenen Patente an *Mitgliedsunternehmen* Beschränkungen zu verlangen, soweit diese durch § 20 GWB gedeckt sind. Diese Beschränkungsmöglichkeiten muß jedes Mitgliedsunternehmen in Kauf nehmen; es wäre solchen auch bei einer unmittelbaren Patentübertragung von dem ursprünglichen Patentinhaber gemäß § 20 GWB ausgesetzt. Durch die »Übertragung« dieser Beschränkungsrechte i. S. von § 20 GWB auf die Patentgemeinschaft tritt keine negative Veränderung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Beteiligten gegenüber dem vor dieser Vereinbarung bestehenden Zustand ein.

¹³⁶ Müller-Henneberg in Gem. Komm., § 1 GWB, Rdz. 29; derselbe, WuW 1963, S. 882; *Baumbach-Hefermehl*, § 1 GWB, Anm. 34; a. M. LG Düsseldorf, WuW/E LG 146/149; z. T. Günther, MA 1957, S. 43/44; *Ewald*, WuW 1956, S. 256 ff.; für die Patentgemeinschaft *Magen*, S. 57.

¹³⁷ *Reimer* in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 4, unter »Zeit«.

¹³⁸ *A. M. Magen*, S. 57; *Lieberknecht*, S. 253; *Baumbach-Hefermehl*, § 20 GWB, Anm. 39; *Reimer* in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 20 b; die Letztgenannten machen allerdings keinen Unterschied zwischen der Vereinbarung, nur noch der Patentgemeinschaft Patente zu übertragen, und Beschränkungen, die der Patentgemeinschaft eine Übertragung an Dritte verbieten.

e) *Kartellrechtliche Zulässigkeit zusätzlicher marktregelnder Abreden*

Häufig werden im Rahmen solcher Patentgemeinschaftsverträge auch zusätzliche marktregelnde Abreden getroffen. Es sind in erster Linie Bestimmungen über Preisbindungen, einheitliche Geschäftsbedingungen, Festlegung von Produktionsquoten und technische oder geographische Gebietsaufteilungen¹³⁹. Im Rahmen der durchgeführten Patentgemeinschaft muß das Recht zu solchen Beschränkungen der Patentgemeinschaft kraft des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung eingeräumt werden¹⁴⁰. Bei einer einfachen Patentgemeinschaft dagegen müssen solche Beschränkungen unmittelbar vereinbart werden, da keine Übertragung auf die Patentgemeinschaft möglich ist.

Betreffen diese Beschränkungen nur die Lizenznehmer und beziehen sie sich nur auf die jeweils erhaltenen Patente und bleiben die betreffenden Mitgliedsunternehmen hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, die auf Grund eigener Patente erfolgt, unbeschränkt, so ergibt sich die kartellrechtliche Zulässigkeit schon aus § 20 GWB¹⁴¹.

Werden diese marktregelnden Beschränkungen jedoch auf *Gegenseitigkeit* getroffen, verpflichtet sich also auch der Lizenzgeber dazu, etwa seine Preisgestaltung oder seine Produktionsquoten Beschränkungen zu unterwerfen¹⁴² oder beziehen sie sich für die Lizenznehmer auch auf nicht übertragene Patente, so ist § 20 GWB nicht heranzuziehen. Solche Beschränkungen kann der Lizenzgeber auch nicht in einem Einzelübertragungsvertrag vereinbaren¹⁴³; sie sind keine wesensgemäßen Beschränkungen der Lizenzübertragung¹⁴⁴ und unterliegen infolgedessen § 1 GWB, da ein gemeinsamer Zweck regelmäßig vorliegt. In diesen Fällen wird der Anbieterwettbewerb sowohl der Lizenzgeber wie auch der Lizenznehmer beschränkt. Tritt dadurch eine Marktbeeinflussung ein, so ist diese Abrede nach § 1 GWB unwirksam¹⁴⁵. Es bleibt allerdings die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung durch die Kartellbehörde gemäß § 5 II GWB.

f) *Kartellrechtliche Zulässigkeit von Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Patentgemeinschaft*

Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Patentgemeinschaft¹⁴⁶ unterliegen, soweit sie sich auf die Patentübertragung beziehen,

¹³⁹ Vgl. *Lieberknecht*, S. 254.

¹⁴⁰ *Lieberknecht*, S. 257.

¹⁴¹ *Sander*, WuW 1959, S. 509; *Lieberknecht*, S. 254/255.

¹⁴² Als Beispiel mag folgende Vereinbarung gelten: Die Mitgliedsunternehmen verpflichten sich, im Falle der Übertragung von Patenten ihre Produktion und ihre Preise auf diesem Gebiet dem Mitgliedsunternehmen anzugleichen, welches das betreffende Patent erhalten hat.

¹⁴³ *Reimer* in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 21 e; *Lüdecke-Fischer*, N 36 f bis h.

¹⁴⁴ *Magen*, S. 15.

¹⁴⁵ *Völp*, WRP 1957, S. 318; *Reimer* in Gem. Komm., § 20 GWB, Rdz. 20 c; *Lüdecke-Fischer*, N 38 a bis c.

¹⁴⁶ Solche Vereinbarungen sind grundsätzlich nur bei der durchgeführten Patentgemeinschaft denkbar, da es bei der einfachen Patentgemeinschaft keine Übertragung von der Patentgemeinschaft auf Mitgliedsunternehmen, sondern unmittelbar von Mitgliedsunternehmen zu Mitgliedsunternehmen gibt.

grundsätzlich § 20 GWB. Enthalten diese Vereinbarungen weitergehende Beschränkungen, vor allem hinsichtlich des Lizenznehmers in bezug auf seine Tätigkeit auf Grund eigener Patente, sind meist die §§ 15 bis 21 GWB anwendbar, da es bei solchen Einzelvereinbarungen regelmäßig an einem gemeinsamen Zweck i. S. von § 1 GWB fehlen wird.

3. ABSCHNITT

Zusammenfassung

Die Gründung von Funktionsgemeinschaften, gleich welchen Zielen sie dienen, ist kartellrechtlich zulässig.

Das gleiche gilt von der Vereinbarung von Beitragspflichten, soweit mit ihnen keine zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind. Vor allem ist es unzulässig, die Leistung von Beiträgen mit der Inanspruchnahme der Funktionsgemeinschaft in der Weise zu verbinden, daß die Beitragsleistungen im gleichen Maße höher werden wie die Inanspruchnahme der Funktionsgemeinschaft durch ein Mitgliedsunternehmen abnimmt.

Völlige oder teilweise Beschränkungen der Eigenbetätigung der Mitgliedsunternehmen auf dem von der Funktionsgemeinschaft übernommenen Gebiet sind bei einer Verkaufs-, Einkaufs-, Werbe- und Transport- oder Lagergemeinschaft unzulässig. Bei einer Forschungs- und Inkassogemeinschaft gilt dies nur dann, wenn die beteiligten Unternehmen tatsächlich oder möglicherweise andere Unternehmen mit den von der Funktionsgemeinschaft übernommenen Aufgaben betrauen.

Kartellrechtlich unzulässig sind weiterhin alle Vereinbarungen, die über die unmittelbare Gründung einer Funktionsgemeinschaft hinaus die wirtschaftliche Tätigkeit der Mitgliedsunternehmen regeln.

Beschränkungen dagegen, die der Funktionsgemeinschaft auferlegt werden, sind kartellrechtlich zulässig.

Die Vereinbarung der Nichtaufnahme anderer Unternehmen in die Funktionsgemeinschaft ist, außer im Rahmen einer Güte-, Waren- oder Verbandszeichen-gemeinschaft, kartellrechtlich zulässig.

Einzelvereinbarungen zwischen einzelnen Mitgliedsunternehmen und der Funktionsgemeinschaft sind, soweit sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, gemäß § 1 GWB unwirksam, wenn sie auf kollektiven Absprachen zwischen den Mitgliedsunternehmen beruhen. Werden sie ohne solche Absprachen getroffen, so unterliegen sie nur dann dem GWB, wenn das betreffende Mitgliedsunternehmen die Funktionsgemeinschaft nicht allein seinen Anordnungen unterwerfen kann. Ist dies nicht der Fall, so ist § 1 GWB anwendbar, wenn der Vereinbarung ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt. Fehlt es an einem solchen, so sind die §§ 15 bis 21 GWB heranzuziehen.

Literaturverzeichnis

- Andraee-Schön* Möglichkeiten mittelständischer Kooperation, Volksw. 1962, S. 2270 ff.
- Axmann* Die Gründung von Organgesellschaften und ihre kartellrechtliche Beurteilung, WuW 1963, S. 990 ff.
- Ballerstedt* Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im GWB, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe, 1965, S. 179 ff.
- Barnickel* Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, S. 246 ff.
- Rationalisierung, Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit als Voraussetzung einer Erlaubnis für Rationalisierungskartelle nach § 5 GWB, WRP 1961, S. 331 ff.
- Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des GWB, WRP 1964, S. 75 ff.
- Bartholomeyczik* Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Auflage, Frankfurt, 1965
- Rechtsfragen des Konzernrabattes bei der Werbung, Festschrift für Carl Heymanns Verlag, »Recht im Wandel«, Köln-Berlin-Bonn-München, 1965
- Baumbach-Duden* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 16. Auflage, München und Berlin, 1964
- Baumbach-Hefermehl* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München und Berlin, 1960
- Baumbach-Hueck* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Auflage, München und Berlin, 1964
- Becher* Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treupflicht, NJW 1961, S. 1998 ff.
- Becker* Kooperation unausweichlich, Volksw. 1962, S. 1263 ff.
- Behrens* Der Wettbewerbsbegriff des GWB, NJW 1958, S. 481 ff.
- Benisch* Kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsklauseln in handelsrechtlichen Verträgen, WuW 1953, S. 219 ff.
- Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs, WuW 1958, S. 269 ff.
- Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, S. 842 ff.
- Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764 ff.
- Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, Düsseldorf, 1961

- Benisch* Die Kooperationsfibel und ihre kartellrechtliche Bedeutung, Betr. 1963, S. 1597 ff.
- Kooperationsfibel des BWM mit Erläuterungen und Vertragsbeispielen, Bergisch-Gladbach, 1964
- Benkendorff* Was ist unter »Beeinflussung der Marktverhältnisse« in § 1 GWB zu verstehen, WRP 1962, S. 146 ff.
- Biedenkopf* Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg, 1958
- Besprechung von Lukes, »Der Kartellvertrag«, BB 1959, S. 1108
- Biedenkopf-Callmann-Deringer* Aktuelle Grundfragen des Kartellrechts, Heidelberg, 1957
- Bieling* Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, Marburg, 1953
- Borchardt-Fikentscher* Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, Heft 24, Stuttgart, 1957
- Brugger* Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467 ff.
- v. Brunn* Grundzüge des Kartellrechts, Berlin, 1938
- Buchwald-Tiefenbacher* Die zweckmäßige Gesellschaftsform, 2. Auflage, Heidelberg, 1961
- Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, 1964
- Deringer* Rationalisierungskartelle im GWB, WuW 1958, S. 3 ff.
- BGH zum Empfehlungsverbot, BB 1960, S. 343
- Dörinkel* Gütezeichen und Kartellrecht, WuW 1958, S. 565 ff.
- Düringer-Hachenburg* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1932
- Dürrhammer* Konzentration und Kooperation in der Marktwirtschaft, Betr. 1963, S. 1545 ff.
- Enneccerus-Kipp-Wolff* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1. Halbbd., 15. Auflage, Tübingen, 1960
- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen, 1958
- Erman* Handkommentar zum BGB, Bd. I, 3. Auflage, Münster, 1962
- Ewald* Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, WuW 1956, S. 253 ff.
- Fikentscher* Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin, 1958
- »Sonstige Verträge« im GWB, Festschrift für A. Hueck, München und Berlin, 1959, S. 543 ff.
- Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1960, S. 680 ff.

- Fikentscher* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 10. 1959 (Glasglühkörper), WuW/E BGH 365 ff.
- Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff.
- Fischer* Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz, GmbHR. 1953, S. 131 ff.
- Franzen-Boeckle* Freiwillige Handelsketten und Kartellrecht, MA 1959, S. 11 ff.
- Frey* Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, S. 17 ff.
- Friedländer* Konzernrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1954
- Fuchs* Kartellverbot und Einzelvertrag, FIW-Schriftenreihe, Heft 11, Diss. Mainz, 1963
- Gabriel* Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im GWB, MA 1960, S. 247 ff.
- v. Gamm* Kartellrechtliche Beurteilung gesellschaftlicher Wettbewerbsverbote, WRP 1962, S. 189 ff.
- Wettbewerbsrecht, Köln-Berlin-München, 1964
- Gandenberger* Was ist ein Unternehmen?, Heidelberg, 1963
- Gaßmüller* Abgrenzung des Gesellschafterwettbewerbsverbots, Wettbewerbsverbot und Kartellrecht, Betr. 1964, S. 431 ff.
- Geiler, Hermann* Industrie rationalisiert den Einkauf, Rat. 1960, S. 286 ff.
- Immer mehr zwischenbetriebliche Zusammenarbeit, Rat. 1962, S. 260 ff.
- Geiler, Karl* Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechtes, 2. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1922
- v. Gierke* Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, Berlin, 1958
- Gleichmann* Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nichtdiskriminierungsverträgen, WRP 1959, S. 165 ff.
- Gleiss-Hootz* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 10. 1961, NJW 1962, S. 391 ff.
- Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbotes im Recht der OHG, NJW 1963, S. 1338 ff.
- Goldmann* Zur Auslegung des § 23 GWB, WuW 1963, S. 379 ff.
- Götz* Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters einer OHG in handels- und kartellrechtlicher Sicht, JuS 1963, S. 384 ff.
- Griesbach* Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, BB 1962, S. 1011 ff.
- Grochla* Betriebsverband und Verbandbetrieb, Berlin 1959

- v. d. Groeben* Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft, WuW 1964, S. 1001 ff.
- Günther* Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, S. 35 ff.
- Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Heft 47 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe, 1960
- Haberkorn* Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1962, S. 449 ff.
- Hachenburg* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. I, 6. Auflage, Berlin 1956
- Haupt-Reinhardt* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Tübingen, 1952
- Haußmann* Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, 2. Teil, München-Berlin-Leipzig, 1932
- Hefermehl* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 12. 1962 (Filmtheater-OHG), GRUR 1963, S. 385 ff.
- Held* Rechtsformen zulässiger Kartelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 10, Diss. Mainz, 1963
- Hirner* Die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. München, 1963
- Huber* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Auflage, Tübingen, 1954
- Hueck* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München, 1947
- Das Recht der OHG, 3. Auflage, Berlin, 1964
- Hueck-Nipperdey* Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1963
- Jakobi* Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festschrift für Ehrenberg, Leipzig, 1927
- Kartte* Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle – Zusammenschlüsse – Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, S. 565 ff.
- Die Kooperationsfibel verschwieg . . . , Volksw. 1964, S. 356 ff.
- Kaufmann-Rautmann-v. Hahn-Hoffmann-Kreifels* Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1.-10. Lieferung, 1964 (Frankfurter Kommentar)
- Kellermann* Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, WuW 1958, S. 643 ff.
- Kirchstein-Segelmann* Rationalisierungskartelle und Syndikate, WuW-Schriftenreihe, Heft 6, Düsseldorf, 1960
- Klaue* Wettbewerbsverbote und § 1 GWB, WuW 1961, S. 323 ff.
- Zum gemeinsamen Zweck in § 1 des GWB, BB 1964, S. 538 ff.
- Knöpfle* Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, S. 159 ff.

- v. Köhler* Der verkannte § 81 GWB und das Problem einer Teilrezeption. NJW 1962, S. 1942 ff.
- Königs* Wechselwirkungen zwischen GWB und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041 ff.
- Krahe* Kartellbegriff und Rechtssicherheit, WuW 1959, S. 615 ff.
- Kröger* Kooperation außerhalb des Kartellgesetzes, Betr. 1962, S. 1034 ff.
- Verbund durch Warenzeichen, MA 1963, S. 496 ff.
- Langen* Das Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis, 4. Auflage, Neuwied-Berlin-Darmstadt, 1965
- Lizenzvertrag, Kartellvertrag oder Gemischter Vertrag, WuW 1960, S. 669 ff.
- Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 7. Auflage, München und Berlin, 1964
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 7. Auflage, München und Berlin, 1965
- Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S. 1 ff.
- Lehmann* Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1959
- Allgemeiner Teil des BGB, 14. Auflage, Berlin, 1963
- Lehnich* Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln-Berlin, 1956
- Leo* Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, S. 485 ff.
- Lieberknecht* Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt, 1953
- Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 20, 21 GWB, Betr. 1957, S. 1012 ff.
- Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, MA 1958, S. 231 ff.
- Lieberknecht-Gnauk* Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften, BB 1963, S. 1067 ff.
- Liefmann* Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Auflage, Stuttgart, 1930
- Lüdecke-Fischer* Lizenzverträge, Weinheim, 1957
- Lüdecke* Erfindungsgemeinschaften, Berlin, 1962
- Lukes* Der Kartellvertrag, München und Berlin, 1959
- Lutz* Die Arbeitsgemeinschaft und das GWB, NJW 1960, S. 1833 ff.

- | | |
|----------------------------------|---|
| <i>Lutz</i> | Gesetzliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht, NJW 1963, S. 625 ff. |
| <i>Magen</i> | Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht, NJW 1961, S. 147 ff. |
| — | Lizenzverträge und Kartellrecht, Heidelberg, 1963 |
| — | Gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellrecht, BB 1963, S. 333 ff. |
| <i>v. Mangoldt-Klein</i> | Das Bonner Grundgesetz, Handkommentar, Bd. I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1957 |
| <i>Markert</i> | Gemeinschaftsunternehmen und Antitrustrecht, AWD/BB 1964, S. 241 ff. |
| <i>Matthies</i> | Die rechtliche Erfassung von Zusammenschlußvorgängen, WuW 1962, S. 328 ff. |
| — | Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe, 1965, S. 319 ff. |
| <i>Maul</i> | Das open-price System und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Mainz, 1964 |
| <i>Mayer-Wegelin</i> | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt, 1962 |
| <i>Menze</i> | Möglichkeiten unternehmerischer Zusammenarbeit ohne wettbewerbsbeschränkende Bindung, Berlin, 1960 |
| — | Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht, WuW 1963, S. 578 ff. |
| <i>Meyer-Cording</i> | Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, S. 461 ff. |
| <i>Meyer-Meulenberg</i> | Genossenschaftsgesetz, 10. Auflage, München und Berlin, 1965 |
| <i>Möhring</i> | Das GWB in der Rechtsprechung des BGH, NJW 1963, S. 81 ff. |
| <i>Müller-Beilschmidt</i> | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, MA 1958, S. 657 ff. |
| <i>Müller-Erzbach</i> | Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen, 1928 |
| <i>Müller-Gries</i> | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt, 1958 |
| <i>Müller-Henneberg</i> | Verzicht auf Werbung-Gemeinschaftswerbung-Gütezeichengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht, WuW 1962, S. 723 ff. |
| — | Zu den Begriffen »Kartell« und »Wettbewerbsbeschränkung«, WuW 1963, S. 877 ff. |
| <i>Müller-Henneberg-Schwartz</i> | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen u. Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963 |
| <i>Nägeli</i> | Die Doppelgesellschaft, Bd. I, Zürich-Berlin, 1936 |
| <i>Ottel</i> | Ein wirtschaftlicher Wettbewerbsbegriff, WuW 1964, S. 921 ff. |
| <i>Palandt</i> | Kommentar zum BGB, 24. Auflage, München und Berlin, 1965 |

- Paulick* Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe, 1956
- v. Philippovich* Grundriß der politischen Ökonomie, 14. Auflage, Tübingen, 1919
- Quantz* Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, Diss. Göttingen, 1963
- Rasch* Deutsches Konzernrecht, 2. Auflage, Köln-Berlin, 1955
- Wettbewerbsbeschränkungen; Kartell- und Monopolrecht; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, Herne-Berlin, 1958
- Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen?, WuW 1961, S. 79 ff.
- Rehfeldt* Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin, 1962
- Reimann* Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des GWB, BB 1963, S. 1309 ff.
- Reichsgerichtsrätekommentar* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. II/2, 11. Auflage, Berlin, 1959/60
- Reichsgerichtsrätekommentar zum HGB* Das Handelsgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. I, 2. Auflage, Berlin, 1953; Bd. II, 2. Auflage, Berlin, 1950
- Rinck* Wirtschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963
- Konzernrecht, JB 1964/65, S. 121 ff.
- Rittner* Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, WuW-Schriftenreihe, Heft 4, Düsseldorf, 1957
- Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem GWB, Betr. 1957, S. 1091 ff.
- Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig-Consten Entscheidung, MA 1965, S. 97 ff.
- Rühle v. Lilienstern* Konkurrenzfähiger durch zwischenbetriebliche Kooperation, Stuttgart, 1963
- Rühle v. Lilienstern-Hermann-Neumann* Praktische Beispiele zwischenbetrieblicher Kooperation, Stuttgart, 1964
- Sander* Die einfache Patentgemeinschaft im GWB, WuW 1959, S. 499 ff.
- Schlegelberger* Kommentar zum HGB, Bd. II, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1963
- Schmidt-Hackenberger* Konkurrenzschutz in Mietverträgen und Kartellrecht, Betr. 1962, S. 957 ff.
- Schmitz* Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2089 ff.

<i>Schwartz</i>	Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1962
<i>Schwenk</i>	Der Marktbegriff, WuW 1960, S. 3 ff.
<i>Segelmann</i>	Zum Begriff »Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge« in § 5 II GWB, WuW 1964, S. 3 ff.
<i>Siebert</i>	Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe, 1958
<i>Sölter</i>	Güteschutzgemeinschaften und Dekartellierung, WuW 1951, S. 57 ff.
—	Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Auflage, Düsseldorf, 1960
—	Wettbewerb und Kooperation, WRP 1965, S. 64 ff.
<i>Spengler</i>	Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW-Schriftenreihe, Heft 6, Düsseldorf, 1960
—	Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, S. 410 ff.
<i>v. Staudinger</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Teil 1 b, 11. Auflage, Berlin, 1961; Bd. II, 4. Teil, 11. Auflage, Berlin, 1958
<i>Steindorff</i>	Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt, 1959
<i>Strickerodt</i>	Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im GWB, Düsseldorf, 1960
<i>Tetzner</i>	Kartellrecht, München und Berlin, 1965
<i>Ulmer</i>	»Wettbewerbsbeschränkende Absprachen« im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1960, S. 163 ff.
—	Kartellvertrag und Gentlemen's agreement, WuW 1962, S. 3 ff.
<i>Völz</i>	Gewerbliche Schutzrechte und GWB, WRP 1957, S. 313 ff.
—	Syndikat und Kartellrecht, WRP 1958, S. 97 ff.
<i>Westermann</i>	Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe, 1956
<i>Würdinger</i>	Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, WuW 1958, S. 503 ff.
—	Aktienrecht, Karlsruhe, 1959
—	Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, S. 745 ff.
<i>Zeitler</i>	Der Konzernrabatt, WuW 1959, S. 621 ff.

Gesetzesmaterialien, Berichte, Dokumentationen

Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar, 1. Auflage, 1958, S. 1057 ff.

Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses, Bundestag-Drucksachen 3644, 1158, 1953

Kooperationsfibel des BWL vom 29. 10. 1963, abgedruckt bei Benisch, Kooperationsfibel mit Erläuterungen und Vertragsbeispielen, Bergisch-Gladbach, 1964, S. 9 bis 47

Konzentrationsenquete, Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, Drucksache IV/2320, vom 29. 2. 1964

Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes:

1958, Bundestag-Drucksache III/1000

1959, Bundestag-Drucksache III/1795

1960, Bundestag-Drucksache IV/2734

1961, Bundestag-Drucksache IV/378

1962, Bundestag-Drucksache IV/1220

1963, Bundestag-Drucksache IV/2370

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AWD/BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Der Betriebsberater
Begr.	Amtliche Begründung
Bericht	Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses
Betr.	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BWM	Bundeswirtschaftsministerium
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Gem. Komm.	Gemeinschaftskommentar
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHHRund.	GmbH Rundschau
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. d. M.	in der Mitte
KartVO	Kartellverordnung vom 2. 11. 1923
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
JB	Juristenjahrbuch
JuS	Juristische Schulung
MA	Der Markenartikel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rat.	Rationalisierung
Rdz.	Randzeichen
Rdnr.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar
RKW	Rationalisierungskuratorium der deutschen Wirtschaft
TB	Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes
Tz.	Teilzeichen
Volksw.	Der Volkswirt
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WuW/E BGH	Rechtsprechung – Bundesgerichtshof
WuW/E LG	Rechtsprechung – Landgerichte
WuW/E BKartA	Verwaltung – Bundeskartellamt
WZG	Warenzeichengesetz

Lebenslauf

Am 17. Juni 1939 wurde ich als Sohn des Personalleiters Dr. jur. Hans-Heinrich Kleim und dessen Ehefrau Helene geb. Reuter in Ahrweiler/Rhld. geboren.

Im Jahre 1942 verlegten meine Eltern ihren Wohnsitz nach Mainz-Gonsenheim. Die dortige Volksschule besuchte ich ab Herbst 1945 bis Ostern 1949, anschließend das humanistische Rabanus-Maurus-Gymnasium in Mainz, an dem ich am 18. Februar 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Zu Beginn des Sommersemesters 1959 nahm ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz das Studium der Rechtswissenschaften auf.

Am 26. November 1963 legte ich vor dem Justizprüfungsamt Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 2. April 1964 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz.

Am 22. Juli 1965 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

